REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL* Y LA *MISREPRESENTATION* COMO PILARES JURÍDICOS

William R. Lizárraga Ugarte

FONDO EDITORIAL LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC

William R. Lizárraga Ugarte

Repensando la responsabilidad precontractual en el *civil law* y el *common law: culpa in contrahendo, promissory estoppel* y la *misrepresentation* como pilares jurídicos

1

FONDO EDITORIAL LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC

Título: Repensando la Responsabilidad Precontractual en el *Civil Law* y el *Common Law*
Volumen I
William Robert Lizárraga Ugarte
Wlizarraga.lawfirm@gmail.com
Editor: Fondo Editorial LIZARRAGA LAW FIRM, PLLC
3753 90th Street, Suite 3, Jackson Heights New York 11372
Estados Unidos de Norteamérica

Primera Edición - Septiembre 2024.
Tiraje 1000 ejemplares.
ISBN 979-8-218-98425-0

Library of Congress Control Number: 2024917288
Número de Control de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU.: 2024917288

Se terminó de imprimir en:
Impresiones GITISAC Industria Edigraf
Jr. Azángaro No. 1047, Lima-Perú
Diseño y diagramación Carlos García.

Dedicado a mis queridos hijos, William Robert y Vincent Dariel, y en ellos a todas las generaciones por venir. Que su imaginación y creatividad florezcan en nuevos conceptos que beneficien a la humanidad, inspirando un mundo mejor para todos.

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW*: *CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL* Y LA *MISREPRESENTATION* COMO PILARES JURÍDICOS

RESUMEN

Este trabajo se enfoca en comparar la *Culpa in contrahendo* (CIC), específicamente la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), del Derecho Civil o Continental, con el *Promissory estoppel* (PE) del Derecho Común norteamericano. Se busca determinar cuál de estas figuras es más justa y eficiente. El estudio no solo compara estas figuras jurídicas, sino que también profundiza en sus fundamentos doctrinales e históricos, como la teoría de la CIC desarrollada por Ihering en 1861 y su evolución hacia la inclusión de la buena fe, y el rol del PE en el marco contractual en el derecho norteamericano.

La obra se estructura en varios capítulos que analizan las distintas vertientes de la CIC y la responsabilidad precontractual en el common law, con énfasis en la misrepresentación y su relación con la RINP. Se aborda la evolución de la teoría de la consideración en el derecho contractual y cómo de sus limitaciones surge el PE. La tesis busca establecer cuál de estas doctrinas, RINP o PE, se alinea mejor con los principios de justicia y eficiencia, evaluando su aplicación práctica y teórica en diferentes contextos legales. Se incluyen también apéndices detallados sobre referencias históricas

y doctrinales relevantes para una comprensión completa de estos conceptos.

ABSTRACT

This book focuses on comparing *Culpa in contrahendo* (CIC), specifically Unjustified Breakdown of Preliminary Negotiations (RINP), from Civil or Continental Law, with *Promissory estoppel* (PE) from American Common Law. It aims to determine which of these legal concepts is more just and efficient. The study not only compares these legal figures but also delves into their doctrinal and historical foundations, such as the CIC theory developed by Ihering in 1861 and its evolution towards the inclusion of good faith, as well as the role of PE in the contractual framework in American law.

The book is structured into several chapters that examine the different aspects of CIC and pre-contractual liability in common law, focusing on *misrepresentation* and its relationship with RINP. It addresses the evolution of the consideration theory in contract law and how PE emerges from its limitations. The thesis seeks to establish which of these doctrines, RINP or PE, aligns better with principles of justice and efficiency, evaluating their practical and theoretical application in different legal contexts. Additionally, detailed appendices are included, providing historical and doctrinal references essential for a comprehensive understanding of these concepts.

Índice

Abreviaturas 17
Introducción 19

Capítulo I
La responsabilidad precontractual y la *culpa in contrahendo* (CIC) en el Civil Law

1. Introducción 34
2. Concepto doctrinal de la *culpa in contrahendo* (CIC) 37
   - 2.1. Definición de CIC 37
   - 2.2. Posturas doctrinales 41
     - 2.2.1. El *dolus in contrahendo* 41
     - 2.2.2. La *diligencia (culpa) in contrahendo* 45
       - A) Incompetencia del sujeto 81
       - B) Incompetencia del Objeto 85
       - C) La Inconsistencia de la voluntad contractual 91
       - 1) Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas 91
       - 2) La falta de fiabilidad de la voluntad misma 96
         - a) Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia. 96
         - b) Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios 99
         - c) Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia. 104
         - d) Desistimiento de una oferta pública 106

2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior 111
A) Inicios de la transformación de la *culpa in contrahendo* 111
B) El Giro hacia la buena fe en la teoría de la *culpa in contrahendo* 119
C) Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado 128
D) Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación 133
2.2.4. Figuras alternativas al dolo *in contrahendo* y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares 144
A) La teoría de las estancias sucesivas 144
B) La teoría del contacto social y contacto social calificado 151

3. La integración del dolo en la *Diligencia in Contrahendo* 155
4. Figuras Similares a la CIC 171
4.1. La Doctrina de los Actos Propios (DAP) 171
A) Definición de la Doctrina de los Actos Propios (DAP) 171
B) Buena Fe como fundamento de la DAP 173
C) Historia de la DAP 175
4.2. Contratos Preliminares 177
4.3. El Abuso del Derecho 179
4.4. Las Cartas de Intención (Letters of Intent) 179
4.5. El Falsus Procurator 179

5. Naturaleza Jurídica de la CIC 181
5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual 185
5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC 196

6. Conclusiones 207

Capítulo II
LA REGULACIÓN DE LA CIC

1. Introducción 212
2. Vertientes de la CIC 218
   2.1. Deber de cuidado o de protección 219
      2.1.1. Introducción 219
      2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto 222
      2.1.3. Análisis del caso "Linóleo"o *Linoleonfall* 232
      2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado 234
      2.1.5. El deber de cuidado en el *common law* (*duty of care*) 239
         a) *Duty of care* en el sistema de torts 239
         b) Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del *common law* 241
         c) *Res ipsa loquitur* 252
         d) *Respondent superior* o responsabilidad vicaria 253
   2.2. Deber de Información 256
      2.2.1. Concepto y aproximación histórica 256
      2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación 274
   2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP) 275
      2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP 275
      2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva 277
      2.3.3. El dolo *in contrahendo* que devoró la culpa 280
      2.3.4. El dolo *in contrahendo* y la diligencia in contrahendo 284
      2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental 285
3. La regulación de la CIC en derecho comparado 288
   3.1. Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa 288
      A. Alemania 288
         a. El CIC en el Código Civil Alemán (GBG) 288
         b. Régimen extracontractual del BGB 293
      B. Italia 295
      C. España 299

a. La CIC en el Código Civil español 299
b. La responsabilidad precontractual en el derecho mercantil español 306
D. Austria 310
E. Dinamarca 311
F. Escocia 311
G. Estonia 312
H. Finlandia 316
I. Francia 318
J. Grecia 325
K. Inglaterra 326
L. Irlanda 328
M. Noruega 329
N. Países Bajos (Holanda) 330
O. Portugal 333
P. Rumania 335
Q. Suecia 336
R. Suiza 336
3.2. Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia 338
3.2.1. Euroasia 338
A. Federación Rusa 338
B. Turquía 347
3.2.2. Asia 349
A. China 349
B. Israel 352
3.2.3. Sudamérica. 353
A. Argentina 353
B. Brasil 360
C. Bolivia 361
D. Colombia 361
E. Chile 362
F. Paraguay 363
G. Perú 364
H. Venezuela 384

4. La figura de la CIC en normas y proyectos europeos de Derecho internacional privado 389
4.1. Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios Unidroit o Convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI) 391
4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II) 402
4.3. CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) o la "Convención de Viena" (UNCITRAL) 414
4.3.1. El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo 7.1 de la CISG 415
4.3.2. El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG 420
4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. justicia 421
4.4. Principios de Derecho Contractual Europeo (Principles Of European Contract Law: PECL) 426
4.5. Marco Común de Referencia (MCR) o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) 430
4.6. Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia) 437
4.7. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 442
4.8. El Proyecto de Código Civil Europeo del Profesor Mc Gregor: 444
5. Conclusiones 446

Abreviaturas

CIC	*Culpa in contrahendo*
PE	*Promissory estoppel*, o *estoppel* promisorio
RINP	Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares
DAP	Doctrina de los Actos Propios
SRC	Segundo Restatement de Contratos
DR	*Detrimental reliance*, o confianza detrimental

ANGLICISMOS

Promissory estoppel	=	*Estoppel* promisorio
Equitable *Estoppel*	=	*Estoppel* equitativo
Detrimental reliance	=	Confianza detrimental
Reliance	=	Confianza

Introducción

El tema que nos ocupa en esta obra versa sobre la comparación de la *Culpa in contrahendo* ("CIC") en el Derecho Civil o Continental con la figura del *Promissory estoppel* ("PE") del Derecho Común (*common law*) norteamericano (comúnmente llamado -o mal llamado- "americano"), sobre todo para sopesar cuál de las dos figuras es más justa y más eficiente.

Sin embargo, es necesario delimitar perfectamente el campo de estudio. No vamos a comparar el PE con la CIC en general, lo que vamos a comparar es el PE con una de las vertientes de la CIC: la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares ("RINP"). En los próximos capítulos estudiaremos las tres vertientes de la CIC (deber de protección, deber de información y deber de negociar de buena fe, esta última también llamada Ruptura injustificada de negociaciones preliminares). Es entonces la comparación del PE con la RINP el tema de nuestro estudio a partir del estudio comparativo en ambos sistemas.[1]

---

1 A propósito de la diferencia de perspectivas entre el *Civil Law y el Common law*, Galgano (2001) trae a colación una cita que parece resumir la diferencia entre ambos sistemas:

> Sigue siendo fundamental, en la división entre *civil law y common law*, la distinta forma de elaborar categorías jurídicas, en dependencia de su diversa fuente, preeminentemente legislativa, en el primero; preeminentemente judicial, en el segundo. El *civil law*, por lo menos aquel que ha producido las codificaciones, es el 'derecho de los profesores", su orgullo es la 'cientificidad', entendida como sistematización del material normativo dentro de vastas categorías ordenantes, caracterizadas por un alto grado de abstracción. Por el contrario, el *common law*

Como recordaremos, el sistema del *civil law* tiene su ancestro doctrinal e histórico en el Digesto, mientras que el *common law* se basa en el precedente.[2] Es por ello que en el primer capítulo, nos abocamos a estudiar el tema de la responsabilidad precontractual a partir del análisis de la teoría de la CIC a partir de los postulados de sus padres fundadores para entender cómo Ihering en 1861 escribe su obra maestra sobre la *Culpa in contrahendo* en busca de respuestas ante ciertas falencias del sistema extracontractual alemán y parece encontrarlas en figuras como el res extracomercium y la herencia inexistente del Digesto para formular sus postulados. Es preciso aclarar que Ihering postulo su doctrina basada en el deber de diligencia (diligencia in contrahendo); sin embargo, la doctrina posterior desplazó este deber de diligencia trocándolo por el deber de negociar de buena fe. Recuérdese que en el Digesto encontramos dos importantes pilares que sostenían las columnas del derecho romano: la diligencia y la buena fe. Entonces la doctrina posterior (Larenz, Windscheid, Leonhard, etc.) introduce el deber de buena fe como motor de la CIC, haciendo de esta cic u dolo in contrahendo. Es decir, al incorporar la buena fe como elemento de la CIC, necesariamente su correlato dialectico de la mala fe viene a colación (entendiéndose mala fe como lo hace el Digesto: el dolo, el engaño o hasta el fraude).

---

descree de las generalizaciones, elabora categorías jurídicas muchísimo menos extensas, más fieles a la tipología de la realidad. Se puede decir, en los términos de la filosofía analítica, que el lenguaje jurídico de los *common lawyers* es el lenguaje 'de las cosas', que tiene por objeto las cosas que componen el mundo; el de los juristas del área romanística es, más bien, un metalenguaje, que tiene por objeto, no cosas, sino otros lenguajes. (p. 103).

2 El sistema del precedente, el mismo que ha sido definido como el sistema de casos basados en lo que la costumbre o el hábito genera en torno a determinadas situaciones legales. Así Llewellyn (1930) los expresa: "¿Qué es el precedente? En términos generales, dejando de lado por un momento las peculiaridades de nuestra ley y de la doctrina legal, el precedente consiste en que un funcionario realice de nuevo, en circunstancias similares, sustancialmente lo que él mismo o su predecesor hizo anteriormente. La base del precedente, entonces, son las costumbres populares, o como instituciones, y lo que en el individuo conocemos como hábito. Y las cosas que contribuyen al precedente en este sentido amplio son las mismas que contribuyen al hábito y a las instituciones." (p. 70).

De modo que si entendemos que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse, de todas formas, la cic se reconduce al dolo de modo que esta termina devorando a la culpa haciendo de la cic un dolo *in contrahendo* (DIC), y de la ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares (RINP) una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares (RMNP).

Asimismo, en el segundo capítulo estudiaremos las tres vertientes de la CIC a las que hacíamos mención, profundizando en la segunda vertiente de la cic (el deber de informar). En este capítulo soslayamos nuestra sindéresis al estudio de la primera vertiente (deber de protección) por cuanto la similitud con el sistema extracontractual es significativa.

De la misma manera, incluimos cuatro anexos a nuestra obra, el primer anexo contiene las citas del Digesto que Ihering utilizó en su obra. Este acápite es importante por cuanto comprenderemos que Ihering no postuló a la buena fe como protagonista de su teoría. En el segundo anexo está referido al tratamiento del Digesto sobre temas como la buena fe, la mala fe, el dolo y el fraude, el que sirve de apoyo para entender de dónde derivan las dos primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar) y estudiaremos cómo las citas del Digesto, oportunamente clasificadas, conllevan a afirmar que este importante cuero legislativo tenía dos pilares importantes sobre los que se asentaba su universo legal: la diligencia y la buena fe.

El tercer anexo gira sobre la comparación de casos del civil law basados en la CIC, más específicamente el RINP, bajo la lupa del PE. El cuarto anexo versa sobre los casos del *common law* norteamericano basados en la teoría del PE que se tratan de interpretar a la luz del RINP.

En el tercer capítulo estudiaremos el tema de la responsabilidad precontractual en el *common law*, sobre todo la figura de la misrepresentación, cuya similitud con la segunda vertiente de la CIC es paladina, mientras que la similitud con la tercera vertiente

es realmente impactante. Esta comparación la hacemos a nivel doctrinal, trayendo a colación también las conclusiones de comparar la casuística de la RINP (vista con ojos del PE) en el apéndice III, y los casos del PE en el apéndice IV (vistos con la lupa de la RINP), lo que robustece nuestro aserto inicial de que la CIC se asemeja a la misrepresentación, dejando a la PE como una figura incomparable.

Entonces, ante esta conclusión preliminar, en el capítulo IV estudiamos el tema de la consideración, el mismo que a primera vista no tendría ninguna relación con el tema de la responsabilidad precontractual en el *common law*; sin embargo, el estudio de esta institución (la consideración) la hacemos para entender su nacimiento, su apogeo y su ocaso como figura que responda a todas las inquietudes societales. De los escombros de la teoría de la consideración, nace otra figura que es la PE, que será motivo de estudio en el V capítulo.

Además, es preciso aclarar que el objetivo de la comparación entre el PE con la RINP es determinar cuál de los dos es la figura más justa y más eficiente. Es tal vez un tema perverso o hasta transgresor; sin embargo, se nos representa como un tema académico interesante. Y esta comparación se da en medio de un nutrido debate sobre un sinnúmero de proyectos de unificación del derecho contractual europeo, cuyo destino final todavía está por definirse y cuya consecución final no es del todo clara, como lo sostiene Perales Viscasillas (2009, p. 159).

Es entonces en esta comparación del PE con la RINP, dentro de la relación negocial o precontractual de ambos sistemas.[3] Pero este trabajo no es un estudio comparativo del *common law* con el

3 Corbin (1947) piensa que -pese a que los conceptos y doctrina estén en constante proceso evolutivo- existe un alto grado de uniformidad en el uso de los términos y en las decisiones de los casos, lo que nos da pie a un estudio comparativo cuidadoso (p. 203).

civil.[4] Lo que es destacable es que, bajo cualquier sistema (llámese *common law* o *civil law*), el ordenamiento jurídico tiende a resolver las necesidades del ser humano. Siguiendo a Corbin (1952) diríamos: "el propósito subyacente de la ley y el gobierno es la felicidad y la satisfacción humanos, que se lograrán mediante la satisfacción de los deseos humanos en el grado más alto posible en la práctica" (p. 1).

Entonces, en la práctica es donde podemos entrever si una de las dos figuras (PE o RINP) es más justa y eficiente que la otra, es decir, si en la práctica una de ellas puede resolver los problemas de la responsabilidad precontractual más acuciante al ser humano de una manera eficiente y justa a partir de sus propios ordenamientos desde una perspectiva comparativa.

Para Aristóteles (2001) la justicia es una virtud, y como virtud es un medio entre dos extremos, y es un bien ajeno, es decir es para otro (p. 155). Ahora bien, hay dos formas de justicia, una distributiva y otra correctiva. En cuanto a la justicia parcial distributiva que se da en una comunidad, existen transacciones voluntarias como la venta, compra, préstamo, fianza, depósito, alquiler (p. 158).[5] Justicia es un justo medio entre extremos, entre el que tiene más de lo bueno y deja poco al otro, entonces es una proporcionalidad y lo expresa de la siguiente forma: "Y lo justo es un medio entre lo que es desproporcionado. Pues lo proporcionado es un medio y lo justo es proporcionado" (p. 159).

4 En esta órbita de pensamiento, Corbin (1952) pensó en la eficacia ínsita del *common law* para adaptar nuevas figuras a su ordenamiento jurídico: "La capacidad reconocida del *common law* para un crecimiento evolutivo ha permitido siempre a los tribunales reconocer nuevas razones para hacer cumplir promesas informales" (p. 193).

5 Entre las transacciones involuntarias tenemos, Aristóteles (2001) dijo: Y entre las involuntarias unas son furtivas, como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, la prostitución, la corrupción de esclavos, el asesinato, el perjurio -y otras violentas como la agresión, la detención, la muerte, el secuestro, la mutilación, la calumnia, la maledicencia." (p. 158).

Y más específicamente al tema de las transacciones que nos convoca ahora, el tema del intercambio, de los contratos y de las contraprestaciones, Aristóteles (2001) piensa que no puede haber un intercambio sin proporcionalidad y no hay proporcionalidad sin conmensurabilidad (pp. 165-166). Este extremo lo veremos en los capítulos venideros, donde tanto la CIC como el PE tratan de restablecer el equilibrio alterado.

Entonces queda claro que lo justo o injusto se valora de acuerdo a un sistema de proporcionalidad. Symeonides (2015) explica que:

> De hecho, la tensión entre la necesidad de seguridad jurídica y previsibilidad, por un lado, y la necesidad de soluciones flexibles, equitativas e individualizadas, por el otro, es tan antigua como la ley misma. Aristóteles describió esta tensión hace más de 23 siglos cuando habló del papel de la equidad como un correctivo necesario del derecho positivo (p. 1125).

Por su parte San Agustín (2000) definió a la justicia como dar a cada quien lo suyo,[6] aunque dicha frase también la usó Cicerón. (p. 573).

Ahora bien, en el Digesto 10.1 (1.1) en encontramos la misma definición de justicia:

> 10. Ulpiano, Reglas, Libro I.
>
> La justicia es el deseo constante y perpetuo de dar a cada uno aquello a lo que tiene derecho.
>
> (1) Los preceptos de la ley son los siguientes: vivir honradamente, no dañar a nadie, dar a cada uno lo que le corresponde.[7]

6 *Cuique suum tribure* (dar a cada quien lo suyo).

7 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

Ahora bien, veamos ahora la definición del término "eficiencia". Para la Real Academia Española de la Lengua (2014), es la "capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos".

Estas dos variables "justicia" y "eficiencia" guiarán nuestra comparación en los próximos capítulos.

Para adentrarnos a estudiar comparativamente ambas figuras (PE y RINP), es necesario estudiar preliminarmente la fisonomía de cada institución. No se puede comparar algo que no se entiende, entonces debemos tener claro de dónde venimos, qué estudiamos y hacia dónde vamos.

Es de destacar que la CIC no es una figura aceptada por el Derecho Estadounidense, o sea por el *common law* americano. En el *common law* inglés, la figura parecida al PE podría analizarse en el "*estoppel*" inglés, mientras que en el *common law* americano la figura del "*promissory estoppel*" (PE) es legislado en el artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos. Esta parte del estudio del artículo 90 lo dejamos al capítulo IV.

El tema de la CIC es muy amplio, es una figura que -como lo veremos a continuación- nace de las canteras doctrinarias del pensamiento del Profesor Ihering para -como lo dijimos anteriormente- copar un vacío legal sobre la responsabilidad extracontractual en la segunda mitad del siglo XIX de Alemania. La figura fue concebida para endilgar responsabilidad contractual al actor que generaba la nulidad de un contrato y su consecuente obligación de indemnizar a la parte inocente. Posteriormente, la doctrina ha desarrollado esta figura y una rama de esta CIC nace del Código Civil italiano de 1942: nos estamos refiriendo a la Ruptura Injustificada de las Negociaciones Preliminares "RINP". A partir de esta asociación, la CIC se concibe -en este aspecto- como la búsqueda de responsabilidad precontractual a partir de la responsabilidad de una parte al quebrar la obligación de negociar de buena fe. Es a partir de la violación de la obligación de negociar (estamos hablando de la obligación de "negociar" y no de

ejecutar el contrato) donde la responsabilidad precontractual nace como producto de esta violación.

Entonces, doctrinaria e históricamente, la *culpa in contrahendo* (CIC) tendría tres vertientes, es decir, la obligación de indemnizar deviene como fruto del incumplimiento de tres deberes impuestos por la ley: 1) Obligación de cuidado. 2). Obligación de informar defectos del producto. 3). Obligación de negociar de buena fe

En cuanto a la primera obligación de cuidado, en el *civil law* veremos que esta vertiente de la CIC ha sido asimilada por el derecho extracontractual, o sea el *neminem laedere* (no dañar a terceros, ni a su propiedad, ni al cuerpo o la salud de terceros). En el campo del derecho americano, estaríamos también frente al sistema de responsabilidad extracontractual (torts) derivado del deber de cuidado.

En cuanto a la segunda vertiente de la CIC, incumplimiento del deber de informar, también impuesto por la ley o la jurisprudencia en el *civil law*, se asemeja -en el *common law*- al deber impuesto también por ley de informar por el derecho de protección al consumidor.

En cuanto al tercer deber de negociar de buena fe, en el *civil law* es impuesto también por la ley o por la jurisprudencia, y esta vertiente llamada "Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares" (RINP) será la que sirva de plataforma de comparación con la figura del *Promissory estoppel* americano (ahora bien, cabe adelantar que también el *Promissory estoppel* tiene muchas vertientes, y luego veremos en el capítulo IV cuál de las vertientes del *Promissory estoppel* será la que podría compararse con la RINP).[8]

8 Para Schulzke (2013) la figura del PE es similar con la figura de la CIC y otras, así al comentar sobre un caso, opinó que el demandante: "Podría invocar la doctrina del *Promissory estoppel*, el cuasicontrato, la *culpa in contrahendo* o una doctrina similar." (p. 528).

Tanto la primera como la segunda vertiente de la CIC no serán nuestros derroteros de análisis. Nos centraremos a analizar solamente la tercera vertiente de la CIC (RINP) con el PE para ver cuál de ambas figuras es más justa y más eficiente.

De otra parte, en el sistema del *common law* (del *derecho común*), la responsabilidad extracontractual de los "torts" (vamos a usar este anglicismo de "*torts*" porque no encontramos un término en español que reemplace este concepto del *common law*), nace a partir de la violación de una obligación que la ley le impone. Por ejemplo, en un accidente automovilístico, un conductor tiene la obligación impuesta por la ley de conducir su vehículo con cuidado y diligencia. Al momento de colisionar otro vehículo que se encuentra delante de él, y después de las indagaciones policiales, se determina que el chofer que chocó por atrás fue negligente porque rompió o violó la obligación de manejar diligentemente, y por ende tiene la obligación de reparar los daños personales y patrimoniales de la víctima, en cuyo caso el seguro de automóvil del agresor (*tortfeasor*) se encargará -por él- de indemnizar a la víctima (por daños patrimoniales y personales).

Entonces, en un sistema (extracontractual) de *torts*, los elementos serían:

1. Obligación ("duty").
2. Violación de la obligación o de un deber de cuidado ("breach of duty").
3. Negligencia ("negligence").
4. Reparación del daño producido ("damages") a nivel personal y/o patrimonial.

Por otra parte, en el sistema del *civil law* (derecho continental) lo que hace la RINP (como hija de la CIC) es más o menos equiparar la responsabilidad civil precontractual a este sistema de "*torts*" (del *common law*) a partir de la violación de la obligación de negociar de buena fe, sobre todo con mucha semejanza a la *misrepresentation*, que es un tort como lo veremos en el capítulo III. Entonces, en la

RINP existe una obligación cuya ruptura o violación de la parte transgresora genera una responsabilidad de resarcir o indemnizar a la parte inocente. Más o menos, a grandes rasgos, el escenario es que una parte que está negociando un contrato (promisario) confía en las promesas que la otra parte le otorga (promitente) y en confianza de dichas promesas realiza un acto o una inacción o un movimiento financiero o un gasto (en atención a la confianza que la promesa del promitente le genera) para después descubrir que la parte promitente se echa para atrás dejando al promisario con un gasto que el promisario debe resarcir.

Entonces, en este tejido de la teoría precontractual, tanto el PE como la RINP tejen teorías y doctrinas y elementos que intentan entender por qué se resarce, en qué oportunidades y cuándo y cómo. Todo esto lo veremos en los capítulos siguientes.

Hablamos de teorías y elementos, porque, a grandes rasgos, lo que intenta resarcir es el interés negativo, o sea el gasto del promisario (daño emergente), pero no el lucro cesante (que es el interés positivo reservado para la figura contractual).

Y por el lado del *promissory estoppel* ("PE") del derecho común (*common law*), vamos a estudiar la figura del PE norteamericano, porque no hay equivalente del PE en el derecho sajón o australiano (que también pertenecen al tronco derecho común). La figura más cercana al PE americano es el *proprietary estoppel* inglés (*estoppel* propietario). Y hacemos esta aclaración porque nos parece importante entender este aspecto antes de estudiar al PE en particular. El PE (norteamericano o americano), en sí es la hija del "*estoppel*" inglés, y veremos brevemente cómo el *estoppel* inglés pone un freno a una parte (promitente) que quiera utilizar un argumento o una promesa que sea falsa. En realidad, el *estoppel* mira al pasado y funciona como un "escudo", una protección para impedir -por ejemplo- que una parte pida que se le pague una cantidad de dinero cuando dicha parte envió la semana pasada un correo electrónico en el cual perdonaba el

saldo de la deuda pendiente por diferentes razones. Entonces dicha parte no puede demandar el pago del saldo de una deuda que ha quedado perdonada, y es ahí donde funciona el *estoppel*, como un escudo o como una protección para impedir que dicha parte cambie de opinión.

Obviamente, el lector escuchará ecos de una figura romana llamada "Doctrina de los Actos Propios" ("DAP"), y como lo podemos observar en las obras de Diez Picazo, el *estoppel* inglés es hija legítima de la DAP ("*venire contra factum proprium non valet*"). Sin embargo, no vamos a comparar el DAP con el PE ni con la RINP, porque la DAP o el *estoppel* inglés son conceptos que abarcan temas amplios como el derecho procesal o administrativo, o hasta constitucional. Eso va más allá de nuestro campo de acción que queda delimitado en los párrafos iniciales.

Entonces, Estados Unidos hereda esta figura del *estoppel* inglés, lo digiere y crea una figura que a partir de la primera mitad del siglo XX que se plasma en el artículo 90 del Primer Restatement de los Contratos. Es necesario aclarar que los "*Restatements*" no son códigos al estilo del derecho civil continental, sino que son guías para el juez y las partes, para que se gobiernen en el aspecto negocial. Profesores de la alcurnia de Holmes y Willinston crean esta figura del PE que no nace como un *tort* sino como una medida de responsabilidad contractual al dar respuesta a las insuficiencias de la teoría contractual de la consideración de los contratos, la misma que no queda abrogada pero sí debilitada (o robustecida, dependiendo del espectro por donde se la mire). La profecía del Profesor Grant de que la consideración iba a ser devorada por el PE y que los contratos iban a desaparecer (para ceder su reinado a los torts) no se ha cumplido y en verdad pese a que la consideración ha sido relegada al aspecto contractual todavía se la usa diariamente para referirse al "quid pro quo" de las negociaciones, básicamente como un fin evidenciario que demuestra la existencia de un contrato, y a partir de ello, se gestan las obligaciones.

Pues bien, la concepción del PE nunca estuvo ni está en la actualidad enancada en la figura de la buena fe ni tampoco en ninguna obligación (como sí lo está la RINP, gran diferencia). La figura del PE no arranca como una violación de una obligación, porque no existe una obligación de negociar de buena fe: todo lo contrario (y de ahí lo perverso de este estudio). Como veremos en los casos posteriores, en el *common law* el principio de negociar de buena fe no existe: los jueces piensan que negociar de buena fe entorpece el "*self interest*" o sea el interés propio que cada parte busca al momento de negociar. Por ahí vemos una gran diferencia.

Pero no se piense que el tema de la bona fides (buena fe) es extraño al *common law*. Sin embargo, la teoría de la buena fe está relegado a los contratos de bienes y su ejecución de buena fe (mas no existe obligación de negociar de buena fe). Es decir, recién existe la obligación de ejecutar de *buena fe* un contrato sobre bienes ya formado, pero no por formar, dentro de los alcances del UCC (*Uniform Commercial Code*). Hablamos de los contratos sobre bienes, mas no de los contratos de servicios, porque ni aún en los contratos sobre servicios existe la obligación de ejecutarlos de buena fe, lo que no significa que lo puedan ejecutar de mala fe, simplemente no existe tal obligación.

También estudiaremos en el capítulo III como el common law americano ha incorporado la obligación de no defraudar o actuar de mala fe, de donde la buena fe se entiende en sentido excluyente, es decir, para evitar todo aquello que conlleva la mala fe como el engaño. Esta teoría la encontramos en el Segundo Restatement de Contratos y Segundo Restatement de Torts.

Un aspecto interesante para analizar es que el debate constante sobre la naturaleza jurídica de la *Culpa in contrahendo* (CIC), es decir, si pertenece al ámbito contractual o extracontractual, se refleja de manera más estructurada en el *common law* a través de la figura de la *misrepresentation*. Esto se debe a que puede haber una

misrepresentation que busque la rescisión del contrato (donde se debe demostrar que la falsedad fue fundamental para el contrato) o la reclamación de daños en un contexto extracontractual (donde se debe demostrar el fraude, es decir, la mala fe).

Este extremo es harto importante de entender, porque en el plano internacional, veremos cómo algunos instrumentos (y otros no) suscritos por naciones como EE.UU. y España, tales como el *Unidroit*, *Uncitral*, etc., hacen referencia a la obligación de negociar de buena fe.

Pues bien, entonces en la segunda mitad del siglo XX nace el Segundo Restatement de los Contratos en los EE.UU. y ya la fisonomía del PE queda totalmente separada de la figura de los *torts*, pero queda poco claro si el PE se entronca como una figura precontractual o extracontractual o contractual. En todo caso, los elementos del PE, adelantamos, son los siguientes:

1. Promesa, hecho, omisión, en el marco no solamente de negociaciones preliminares sino también promesas en el entorno familiar o suscripciones de caridad o en el entorno comercial.
2. Confianza en esa promesa que genera un daño (*detrimental reliance* o confianza detrimental en esa promesa).
3. Una acción u omisión en confianza de esa promesa ("*Overact*", o sea realizar una acción u omisión en función de esa promesa que conlleva a un daño emergente).
4. Resarcimiento de dicho daño si la justicia lo dicta. (En muchas situaciones singulares también se resarce el interés positivo, o sea el lucro cesante). Pero no solamente se puede obtener un resarcimiento económico, puesto que en muchos casos de puede demandar el "specific performance" o cumplimiento de las promesas, así como en un contrato.

Véase en este enfoque preliminar que ya notamos dos diferencias entre la RINP y la PE, cuales son:

1. La obligación de negociar de buena fe de la RINP, frente a la ausencia de la obligación de negociar de buena fe en el PE.
2. El daño emergente a resarcir en la RINP, frente al interés negativo (daño emergente) y el interés positivo (lucro cesante) del PE. Pero no solamente el PE se detiene en el tema del resarcimiento, sino también se lo puede usar como una herramienta (causa de acción) para el cumplimiento específico de un contrato, pese a que no se haya concluido.
3. El RINP se limita al tema de la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, mientras que el EP abarca situaciones de donaciones entre miembros familiares, de negociaciones preliminares, y de suscripciones donativas. Entonces el PE es más amplio y más estructurado.

A partir de este punto, podemos comenzar a considerar y evaluar cuál de las dos figuras, el *Promissory estoppel* (PE) o la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares (RINP), es más "justa y eficiente". Como veremos a continuación, la forma en que el PE se ha desarrollado como una figura independiente, alejada de las acciones por daños (tort), lo hace una figura eficiente con elementos bien definidos y mejor categorizados.[9]

Sin embargo, será a través del estudio comparativo de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de ambos sistemas donde podremos analizar de manera comparativa cuál de las dos figuras responde de manera más justa y eficiente a los desafíos planteados por la responsabilidad precontractual tanto para el profesional del derecho como para el individuo en general.

9 Por su parte, para cierto sector de la doctrina del *civil law*, el advenimiento de la figura del RINP es una demostración de los avances del derecho contractual hacia un derecho contractual "de cooperación, por oposición al más clásico y liberal de antagonismo entre las partes", al decir de García y Otero (2010, p. 54).

Capítulo I

La responsabilidad precontractual y la *culpa in contrahendo* (CIC) en el Civil Law

1. Introducción. 2. Concepto doctrinal de la *Culpa in contrahendo* (CIC). 2.1. Definición de CIC. 2.2. Posturas doctrinales. 2.2.1. El *dolus in contrahendo.* 2.2.2. La *diligencia (culpa) in contrahendo.* A). Incompetencia del sujeto. B). Incompetencia del objeto. C). La inconsistencia de la voluntad contractual. 1). Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas. 2). La falta de fiabilidad de la voluntad misma. a). Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia. b). Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios. c). Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia. d). Desistimiento de una oferta pública. 2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior. A). Inicios de la Transformación de la *culpa in contrahendo.* B). El Giro hacia la *buena fe* en la teoría de la *culpa in contrahendo.* C). Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado. D). Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación. 2.2.4. Figuras alternativas al *dolo in contrahendo* y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares. A). La teoría de las estancias sucesivas. B). La teoría del contacto social y contacto social calificado. 3. La integración del dolo en la *Diligencia in Contrahendo.* 4. Figuras similares a la CIC. 4.1. La doctrina de los Actos Propios (DAP). A). Definición de la Doctrina de los Actos Propios (DAP). B). Buena Fe como fundamento de la DAP. C). Historia de la DAP. 4.2. Contratos preliminares. 4.3. El abuso del derecho. 4.4. Las cartas de intención (Letters of Intent). 4.5. El *falsus procurator.* 5. Naturaleza jurídica de la CIC. 5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual. 5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC. 6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El capítulo que tenemos por delante es un estudio pormenorizado -casi enciclopédico- de la teoría[10] de la *Culpa in contrahendo* (en adelante "CIC") a partir de tres planos vitales de tratamiento: un plano histórico conceptual (que arranca sus raíces en el Digesto y las Doce Tablas), un plano doctrinario (donde estudiaremos el legado conceptual de los padres de esta teoría) y otro plano normativo (donde trataremos de revisar lo más brevemente posible el tratamiento normativo de esta figura en la esfera legal interna de diferentes naciones del *civil law*, en concomitancia con cuerpos normativos supranacionales).

Estos tres planos se correlacionan y conjugan de manera entrelazada.[11] Como veremos en las páginas siguientes, el creador de la doctrina de la CIC (Ihering) concibió esta figura para dar respuesta a un problema que avizoró en la normatividad alemana, donde el sistema de responsabilidad extracontractual[12] no daba respuesta a situaciones donde existía un daño económico o patrimonial ("*pure economic loss*")[13]

---

10 Para Nickel la CIC es una doctrina, la llama así en alemán *Lehre von der culpa in contrahendo*, que se traduce como "doctrina de la culpa en la contratación" (Nickl, 1992, p. 52). En otras partes, Nickel la llama "principio" (ver Nickel, 1992, pp. 67-68).

11 Para Reder el concepto de CIC abarca una amplia gama de cuestiones, incluidas las "Aufklärungs- und Beratungspflichten" (deberes de información y consulta) y las "schuldhafte Verursachen von Unwirksamkeitsgründen" (causación negligente de causas de nulidad). Esto sugiere que las tergiversaciones podrían caer dentro del alcance de la *culpa in contrahendo* (Reder, 1989, p. 144).

12 Según Mustafaraj la teoría de Ihering se basa en dos puntos principales: la responsabilidad derivada de la falta en la formación del contrato y la clasificación del daño como positivo y negativo (Mustafaraj, 2019, pp. 2-4).

13 Nunes Fritz cree que el BGH (Tribunal Federal de Justicia) ha hecho depender la responsabilidad por *culpa in contrahendo* de la aparición de una pérdida financiera, que puede surgir de tergiversaciones realizadas durante las negociaciones contractuales. (Nunes Fritz, 2018, p. 443). De la misma forma, Quiring (2006) entiende que el derecho contractual extiende esta protección a las pérdidas puramente financieras (p. 100).

es decir un puro daño financiero,[14] puesto que la responsabilidad extracontractual se enfocaba en los daños provocados a la persona, el cuerpo o la salud.[15] Entonces Ihering escarbó los 50 libros del Digesto -cuyas citas las podemos encontrar en el anexo I- para cimentar su teoría sobre la base de la diligencia.[16] Ihering ideó la CIC con la idea de que fuera una diligencia[17] in contrahendo, y explícitamente advirtió que la buena fe no podía ser el fundamento de su obra.[18]

La doctrina posterior a Ihering incorpora la buena fe como elemento motor de la CIC, incorporando la mala fe[19] como inescapable correlato filosófico doctrinario (cuya mala fe se asemeja al dolo[20] y

---

14 Reder (1989) explica que el concepto surgió históricamente de las "unzulänglichkeiten des deutschen Deliktsrechts" (insuficiencias de la legislación alemana sobre daños) y es una "behelfslösung" (solución provisional). Esto implica que puede estar relacionado con tergiversaciones, ya que está destinado a abordar lagunas en el derecho de daños (p. 156).

15 El texto del artículo §309 del BGB solamente se refiere a la obligación de indemnizar daños a la vida, el cuerpo, o la salud, mas no a la propiedad, es decir el solo daño económico quedaba excluido.

16 Von Lackum (1970) considera "Sorgfaltspflichten" (deber de diligencia) y menciona que el "Gebot der contractlichen diligentia" (requisito de diligencia contractual) se aplica tanto a las relaciones contractuales existentes como en desarrollo. Además, Ihering sostiene que la primera y más general obligación al celebrar un contrato es ejercer la diligencia necesaria (pp. 63-65).

17 En este sentido, Grote (1984) expresa que la teoría de "*culpa in contrahendo*" de Ihering se basa en su estudio de fuentes del derecho romano y aboga por la exigencia de diligencia en las relaciones contractuales (p. 4).

18 En el capítulo II veremos las tres vertientes de la CIC y estudiaremos el legado del Digesto con respecto a la buena fe, y su correlato dialéctico: la mala fe, el dolo y el engaño, coetáneo al fraude. En este aspecto de la buena fe, adelantamos, De la Puente y Lavalle (2007) dice:

> Pienso que si como se ha visto anteriormente la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho quizá el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana sino a través de la manera como se ha incorporado al Derecho que es algo positivo tangible. (pp. 331-332).

19 Ferro (1999) piensa que el retirarse de las negociaciones está generalmente justificado, excepto en los casos en que se haga de mala fe (p. 92).

20 Furmston y Tolhurst (2016) sugieren que la mala fe podría considerarse una conducta fraudulenta (p. 394). Luego, Paez-Maletz (1992) aborda el tema de *culpa in contrahendo*

al engaño).[21] Este salto doctrinario de la diligencia[22] a la buena fe, conlleva irremediablemente a predicar la necesidad de probar la mala fe o el dolo (puesto que la buena fe se presume) generando que la CIC se convierta en un *dolo in contrahendo*,[23] es decir, seremos testigos de la "integración" de la CIC.[24]

De esta forma, la RINP (como hija legítima de la CIC), o, mejor dicho, como vertiente del *dolo in contrahendo*, pasa a ser -al introducir la buena fe como motor del entramado negocial- una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares. Y en este punto es donde toda la teoría enciclopédica cobra un sabor analítico puesto que postulamos que esta RINP se asemeja a la *misrepresentation* del *common law* (y no al *promissory estoppel*).[25]

Esta base teórica será de fundamental para entender los capítulos III y V donde procederemos a estudiar comparativamente

---

donde la "mala fe" durante las negociaciones incluye tergiversaciones (pp. 319-320).

21 Kozolchyk (2014) asocia la mala fe a las tergiversaciones como base de la CIC (p. 92), mencionando: "una conducta de mala fe de una parte contratante durante la fase precontractual o de negociación de la transacción" (pp. 963, 1117).

22 Seong (2004) habla de la culpa leve referida a la diligencia de un buen padre de familia (p. 123).

23 Sobre esta figura, ya Mommsen (1879), contemporáneo de Ihering, trató este tema con destreza, analizando dicho concepto de "*dolus* in contrahendo" (engaño en la contratación) y sus implicaciones para el comprador y el vendedor. Sostiene que el comprador debe demostrar que el vendedor era consciente de la importancia de la información oculta para el comprador. Si el vendedor afirma que el comprador conocía los hechos verdaderos, la carga de la prueba recae en el vendedor para demostrarlo (pp. 150-151).

24 Como veremos en el capítulo II, la CIC tiene tres vertientes (el deber de cuidado, el deber de informar, el deber de negociar de buena fe). Esta tercera vertiente es conocida en el derecho continental como la "ruptura injustificada de negociaciones preliminares" (en adelante "RINP"). Esta vertiente viene reforzada por un tratamiento legal de los Códigos más influyentes del *civil law*: el Código alemán y el código italiano.

25 Las figuras de la *misrepresentation* del *common law* la estudiaremos en el capítulo III, mientras que el *promissory estoppel* (fruto de las falencias de la consideración) la estudiaremos en el capítulo V.

casos del RINP vistos a la luz del *promissory estoppel* (en adelante "PE") y casos del PE vistos a la luz del RINP, respectivamente.[26]

Premunidos de estas adveraciones preliminares, procedamos a nuestro análisis.

2. CONCEPTO DOCTRINAL DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* (CIC)

2.1. Definición de CIC

Culpa in contrahendo (CIC) es una expresión latina acuñada a partir de la doctrina esbozada por el tratadista alemán Rudolf Von Ihering,[27] en su obra del siglo antepasado (1861), intitulada "*Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 4, 1861,[28] que básicamente significa la "culpa en la conclusión del contrato."[29]

Lo que plantea Ihering es una teoría en la cual un contrato aparentemente válido deviene ineficaz a consecuencia de causas

26 Para Faggella (1918), la teoría de Ihering se basa en varios conceptos, incluyendo la libertad de voluntad y menciona que la teoría es una aplicación de una teoría más general relacionada con principios generales del derecho (pp. 19-22, 53-64, 122-137, 160).

27 Pardolessi (2011) piensa que el concepto "*culpa in contrahendo*" se originó con la obra de Ihering. (p. 30). De igual forma, el mismo Pardolessi (2009) en otro artículo lo expresa de la misma forma (pp. 1-2). En este sentido, Carwright (2009) también cree que Ihering ha descubierto esta teoría (p. 69).

28 Dachenhausen (1983) hace una interpretación de esta obra bajo el título "*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" que se traduciría como "*Culpa in contrahendo*" o compensación por daños en casos de contratos nulos o no completados (p. 123).

29 Como lo dice Asúa González (1989): "El trabajo pretende encontrar la base para la responsabilidad de una de las partes intervinientes en un contrato si éste resulta nulo y origina daños al otro contratante, que había confiado en la validez del contrato." (Asúa González, C. *La Culpa in contrahendo* (p. 25).

existentes en el período de formación del contrato,[30] que eran conocidas o debieran ser conocidas por uno de los contratantes, entonces el otro contratante (la parte inocente, la que confiaba en que el contrato iba a desplegar sus efectos) sufre un daño como producto de la anulación del contrato.[31] Es decir, el que durante el proceso de formación de un contrato -o sea en la etapa "in contrahendo" del contrato- incurre en "culpa", debe indemnizar a la parte inocente[32] de los daños sufridos en un contrato que, pese a su nulidad, despliega sus efectos.[33]

A este respecto, Ihering (1969, p. 14) decía: "Nuestra queja se basa en esto... que el vendedor indemniza al comprador respecto de aquellas acciones perjudiciales a las que le ha causado la creencia en la validez del contrato." Es decir, estamos frente a un contrato que aparentemente es válido pero que resulta nulo[34] a consecuencia de

---

30 Para Wulff, la CIC fue desarrollada para atender los daños provocados por contratos imperfectos o nulos (Cfr. Pardolesi, 2009, pp. 60 y ss.).

31 Por su parte Tomassi (2012) expresa que Ihering fue el primero en poner énfasis en la di satisfacción con las soluciones que no reconocían responsabilidad por danos causados en relación a un proyecto contractual (p. 5).

32 Según Choe (1988), la teoría de Ihering se basa en una serie de diferentes principios e ideas, incluyendo: fuentes del derecho romano, la protección del comprador en casos de nulidad del contrato, el concepto de "culpa" o falta, la distinción entre intereses positivos y negativos, y la idea de que la ley está en constante evolución. Muchas de estas ideas se mencionan varias veces a lo largo del documento (pp. 16-282).

33 Así lo explica Asúa González (1989):

> La concepción originaria de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato -el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento- puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad. (p. 29).

34 Kakatsakis (2007) usa el término de contrato incumplido o invalido como motor de los danos en la teoría de Ihering (p. 202).

una violación en la etapa anterior,[35] pero no de cualquier "culpa lata" sino de aquellas relacionadas con el contrato, donde Ihering (1969: 16) agrega: "más bien a menudo meramente en el sentido objetivo del estado de ser engañado de alguna manera inducido (sin ninguna intención de ninguna otra persona dirigida a ello)."

Asimismo, Ihering (1969) distingue el dolo de la culpa[36] en la etapa de formación del contrato, en el siguiente sentido:

> La igualdad de la lata culpa con el *dolus*, que se afirma en algunos pasajes, sólo puede relacionarse con las relaciones contractuales. ¿A dónde llevaría si alguien en circunstancias extracontractuales pudiera ser demandado por *culpa lata* así como o por dolo? Un comentario descuidado, la comunicación de un rumor, una noticia falsa, un mal consejo, un juicio precipitado, la recomendación de una de las mismas criadas indignas por parte del antiguo patrón, información solicitada por un transeúnte sobe el camino, el tiempo, etc., en suma, todo y todo obligaría a la culpa lata existente a pesar de toda buena fe, a resarcir el daño causado por ella, y el acto. A tal punto, de dolo se convertiría en un verdadero flagelo… toda imparcialidad en la conversación desaparecería, la palabra más inofensiva se convertiría en una soga. (pp. 12-13).

Un aspecto interesante que resulta importante destacar es que para Ihering la responsabilidad por CIC es una responsabilidad

35 Según García Rubio (1991), la teoría de "*Culpa in contrahendo*" de Ihering se basa en la idea de que un contrato nulo todavía puede causar daño a una de las partes, y que el vendedor es responsable de los daños (pp. 17-18, 24-25).

36 Mustafaraj (2019), haciendo eco de la doctrina de Ihering, sostiene que Ihering argumentó que las partes deben estar protegidas contra la negligencia al negociar un contrato (p. 12).

contractual, no extracontractual. Así Valdés Duque (1991) lo expresa: "La nulidad del contrato no borraba todos los efectos del mismo sino los referentes al cumplimiento específico de la obligación… la responsabilidad por *culpa in contrahendo* era una responsabilidad contractual" (p. 265).[37]

Queda entonces claro que la CIC es una figura que se usa para reclamar una indemnización de la parte inocente (ajena al vicio), la que soporta los gastos o daños negativos[38] a consecuencia de la nulidad sobreviniente del contrato a consecuencia de que la otra parte incurre en una causal concomitante con la voluntad, el objeto o el consentimiento en el período de formación de un contrato.[39] Lo que pareciera dirigir nuestra atención para identificar la CIC con la responsabilidad precontractual, no lo es en realidad, puesto que la CIC se concentra en la identificación de la nulidad del contrato por algún vicio o defecto de alguna de las partes en el periodo formativo. Esta parte de "período formativo" pudiera tentarnos a pensar que estamos frente a una responsabilidad precontractual; sin embargo, la concepción inicial de la CIC fue contractual, es decir, anular un contrato que rinde sus frutos y efectos, cuyo fundamento legal de la acción se enanca en el contrato nulo.

37 En este sentido, Haiduk (1970) considera que la teoría de Ihering sobre la CIC se basa en la idea de que incluso un contrato nulo puede tener efectos (p. 5).

38 La teoría de Ihering, nos dice Simonsen (1997), permite la compensación por el interés contractual negativo, que es el foco de la teoría (p. 92).

39 La teoría del interés negativo de Ihering ha tenido posterior repercusión en la legislación del derecho continental. Por ejemplo, Lundstedt (2014) piensa que la teoría del interés contractual negativo es complementaria de la teoría de la confianza en Suiza y Alemania (p. 165). En este sentido, Zuloaga (2019) también cree que la teoría incluye la noción del "interés contractual negativo" (p. 171). En línea similar, Bohrer (1980) alude al interés negativo como contractual (p. 46).

Todavía no estamos refiriéndonos a la RINP, que es una rama de la CIC, y que sí se puede equiparar la RINP con la responsabilidad precontractual. Este tema lo veremos más adelante.

2.2. Posturas doctrinales

Para entender con precisión el nacimiento de la CIC en el espacio y en el tiempo jurídico,[40] tenemos que situarnos en la Europa de los siglos XVII y XVIII.[41] En estos tiempos campeaba la teoría subjetiva de la voluntad, de Savigny, en la que la voluntad es la expresión de un sistema de filosofía individualista de autonomía de la voluntad. Sin embargo, esta teoría no estuvo exenta de errores, y de allí nace -en el siglo XIX- la teoría de la declaración de voluntad como reacción a los excesos de la teoría de la voluntad. Veamos brevemente lo que cada uno de los padres de esta teoría expuso, especialmente Ihering.

2.2.1. El *dolus in contrahendo*

Mommsen (1879) no sólo fue un contemporáneo de Ihering (quien será analizado en la próxima sección), sino también una de sus influencias más significativas. Dado que la historia ha otorgado más reconocimiento a Ihering, parece que, en última instancia, la teoría de Ihering (1861) converge hacia los conceptos de Mommsen sobre

40 Según Mussy (1999), la teoría de Ihering Parece que gira en torno a los intereses del sistema económico-social (p. 114).

41 En este sentido Cabrillac (2016) ha considerado que el Código Civil de 1804 de Napoleón se centraba en la formación rápida e instantánea de contratos, donde la oferta y la aceptación coincidían en un solo momento. Esta forma de formación contractual era adecuada para contratos menores y cotidianos, pero no era eficaz para los contratos más grandes y complejos, que requieren negociaciones prolongadas, como en la banca, la construcción inmobiliaria o los seguros. El Código no abordaba específicamente las negociaciones precontractuales. Una reforma, basada en jurisprudencia y en propuestas de Catala y Terré, sugirió incluir en la ley el régimen de negociaciones precontractuales, permitiendo que estas etapas previas se integren en un antecontrato (p. 61).

el dolo in contrahendo,[42] un concepto que guarda similitudes con la tergiversación o la representación falsa (*misrepresentation*).

Mommsen (1879) sostiene que la intención del vendedor de engañar no siempre es necesaria para que el comprador tenga un reclamo válido (pp. 148). El concepto de "dolus in contrahendo" (engaño en la contratación) y sus implicaciones para el comprador y el vendedor son analizados al detalle por este autor que sostiene que el comprador debe demostrar que el vendedor era consciente de la importancia de la información oculta para el comprador. Si el vendedor afirma que el comprador conocía los hechos verdaderos, la carga de la prueba recae en el vendedor para demostrarlo (p. 149).[43]

Mommsen (1879) pasa a estudiar el concepto de "actio doli" (acción por fraude) y su relación con el concepto de "dolus in contrahendo" (engaño en la contratación). Sostiene que el comprador debe probar una relación causal entre el engaño del vendedor y la decisión del comprador de celebrar el contrato, luego analiza la importancia de determinar si el contrato es válido o no, y las implicaciones para la acción legal del comprador. Se opone a la idea de que el comprador debe sufrir daños para poder emprender acciones legales (p. 152).

Al igual que las misrepresentaciones que veremos en el capítulo III, Mommsen (1879) sostiene que el comprador debe probar que no habría celebrado el contrato si hubiera conocido la verdad de los hechos (p. 154), es decir, sostiene que el comprador siempre puede exigir la rescisión del contrato si el vendedor ocultó fraudulentamente un hecho material (p. 155). Este aserto guarda idéntica armonía con la Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos[44] que establece

42 Este tema lo veremos al detalle más adelante en este capítulo.

43 Para Laszlo (1966), bajo la teoría de Ihering la carga de la prueba de negligencia recae en la parte lesionada, excepto en el caso de un contrato (p. 154).

44 Second Restatement of Contracts [SRC]. 1981. (EE.UU.).

que la falsedad o tergiversación material es pieza clave para solicitar la rescisión del contrato (pp. 154-156).

Mommsen (1879) sostiene que el ocultamiento o simulación de un hecho no establece automáticamente una reclamación de daños y perjuicios, sino que debe tenerse en cuenta el contrato. También analiza la importancia de determinar si el comprador tiene derecho a rescindir el contrato basándose en la ocultación fraudulenta de un hecho material por parte del vendedor (p. 158).

Mommsen (1879) analiza la actio redhibitoria, que permite la rescisión de un contrato si el comprador no está satisfecho con los bienes recibidos. Sostiene que la acción redhibitoria debe admitirse del mismo modo que la acción de rescisión basada en fraude (p. 160). Asimismo, el autor analiza el derecho del comprador a reducir el precio de una compra si ha sido engañado por el vendedor. Sostiene que la reducción del precio se basa en los mismos principios que la actio quanto minoris, que permite la reducción del precio si el artículo vale menos de lo que pagó el comprador. También analiza las diferentes circunstancias en las que el comprador puede tener derecho a una reducción del precio, como por ejemplo si el comprador no habría pagado tanto si no hubiera sido engañado (p. 163). También analiza el derecho del comprador a reclamar daños y perjuicios además de la reducción del precio si ha sufrido otras pérdidas como resultado del comportamiento fraudulento del vendedor p. 163). El autor analiza el derecho del comprador a elegir entre una rescisión del contrato o una reducción del precio (p. 164).[45]

45 Este aspecto resulta interesante puesto que en el *common law* existe la posibilidad de elección entre la rescisión como fruto del numeral 161(b) del Segundo Restatement de contratos, y el numeral 551(1) del Segundo Restatement de Torts, como lo veremos en el capítulo III.

Por otro lado, Mommsen (1879) analiza el derecho del comprador a reclamar un interés en el cumplimiento, en lugar de un interés negativo, en los casos en que el contrato sea válido. Sostiene que, en algunos casos, la reclamación del comprador basada en un interés en la ejecución no conducirá a un resultado significativamente diferente que una reclamación de reducción del precio. Sin embargo, Mommsen también sostiene que en los casos en que el precio de compra cotizado sea inferior al valor real del artículo, el comprador puede reclamar una cantidad mayor persiguiendo un interés en el cumplimiento. El documento también analiza la posibilidad de que el comprador reclame un lucrum cesans, o lucro cesante, como parte de un interés en el cumplimiento (p. 166).

Mommsen analiza el concepto de "*dolus* in contrahendo" o fraude en la contratación. Hace referencia a dos pasajes del código de obligaciones, L. 57. §. 1. D. de contrah. em. (18. 1) y L. 30. §. 1. D. de acto. emti (19.1), como prueba del incumplimiento de un contrato. Sostiene que el comprador tiene derecho a reclamar un interés en el cumplimiento, en lugar de un interés negativo, en los casos en que el contrato sea válido.[46] También analiza la posibilidad de que el comprador reclame un *lucrum cesans*, o lucro cesante, como parte de un interés en el cumplimiento (p. 167).

Finalmente, Mommsen (1879) analiza las consecuencias del fraude del comprador, que pueden incluir que se induzca al vendedor a vender un artículo que de otro modo no habría vendido, o a un precio más bajo (p. 170), con ello la equiparación con la *misrepresentation* queda consolidada donde el *dolus* equivale a

46 Como veremos a continuación, es Ihering el que postula la teoría de la indemnización del daño basado en el interés negativo. Por su parte, Sabbagh-Farshi (2008) explica que la teoría de Ihering de '*culpa in contrahendo*' se basa en la idea de que debería existir responsabilidad por el interés negativo en casos donde un contrato es inválido o no se completa debido a la culpa de una de las partes (pp. 70-71).

fraude (p. 182), argumentando que la "lata culpa" no se le da ningún significado independiente, sino que sólo se considera equivalente a "dolus" en términos de sus efectos (cuya igualdad sólo debe aplicarse de forma limitada (pp. 196).

2.2.2. La *diligencia (culpa) in contrahendo*

Entonces, en medio de esta vorágine, nace la teoría de Ihering,[47] quien observa que la voluntad (que es decisiva en la formación del negocio jurídico), resulta viciada[48] por alguna causal que hace que el negocio sea anulable y genere un detrimento resarcible a favor de la parte inocente o ajena al vicio.[49] Su teoría se enfoca en el ámbito contractual, argumentando que la responsabilidad surge como resultado de la nulidad del contrato,[50] cuya nulidad también produce efectos.[51]

---

47 Zaccaria (2014) ha señalado que Ihering es el autor de la teoría de la CIC que trata sobre la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones precontractuales (p. 56).

48 Según Hahn (2004), en la teoría de Ihering, la responsabilidad precontractual surge en casos donde un contrato es inválido debido a la culpa de uno de los socios negociadores (p. 331).

49 Para Valdés Duque (1991) la concepción originaria de Ihering consiste en que: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato (el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento) puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad (p. 49) Según Asúa González (1989) para Ihering, "quien incurre en culpa en el proceso de formación de un contrato debe indemnizar a la otra parte de los daños sufridos, cuando el contrato resulta nulo y origina daños al otro contratante (a la parte inocente, ajena al vicio)." (pp. 28-29). Es decir, el contrato resulta nulo a consecuencia de vicios existentes en el período de formación del contrato.

50 Para Simonsen (1997), la CIC es una de las obras de Ihering que trata sobre la responsabilidad por daños en casos donde un contrato es nulo o no se completa (p. 951).

51 Para Estevill (1995), un contrato nulo o anulado aún impone obligaciones indemnizatorias (pp. 1068-1069).

Ihering (1861) es la figura central de la teoría de la *Culpa in contrahendo*.[52] Es él quien acuña el término de *Culpa in contrahendo* en su manuscrito de 100 páginas intitulado "*Culpa in contrahendo* o de los Daños e Intereses en las Convenciones que no han Sido Perfeccionadas",[53] que trata de resolver los vacíos o lagunas del sistema de responsabilidad extracontractual encarnado en el texto del numeral 309 del BGB que dejaba excluida la posibilidad de resarcir el daño económico (*pure economic loss*), ya que este numeral solamente se enfocaba en los daños a la vida, el cuerpo o la salud.

Ihering empieza su teoría proponiendo un ejemplo referente a un error. Es el caso de un comprador quiere comprar 100 libras de un producto y confunde el símbolo de Libra por el Quintales. El vendedor le manda 100 Quintales, en vez de las 100 Libras (p. 150).

52 De la Puente y Lavalle (2007) dice a este respecto: "Este autor, considerado con razón como el precursor de la responsabilidad precontractual, planteó el tema de la *culpa in contrahendo*, entendiendo como tal aquélla en que incurren las partes en el período de formación del consentimiento contractual. Este período lo ubica él a partir de la formulación de la oferta" (p. 362). En el mismo sentido, Simonsen (1997) también cree que Ihering es el originador de la doctrina de CIC, que es vista como la base de la responsabilidad precontractual (p. 136). En este contexto, Schuetz (1996) manifiesta que Ihering es el fundador de la teoría de la CIC (pp. 79-81). Por su lado, Schaumburg (1974) también considera que Ihering es el "fundador" de esta doctrina (p. 41). En el mismo contexto, Loges (1991) también lo califica a Ihering como el "fundador" de la doctrina (p. 30). Del mismo modo, Haftung (1962) también lo considera a Ihering el fundador, aunque añade que existen algunos casos de responsabilidad precontractual que preceden su trabajo. Por su parte, García Rubio (1991) no lo llama el fundador, pero lo considera uno de los pioneros, y añade que los otros autores (que los veremos en este capítulo, llámese Windscheid, Siber, Leonhard, Larenz) han extendido su teoría (pp. 62, 84, 144).

53 Adjuntamos como Apéndice 1 en esta obra un análisis detallado de la obra, especialmente en lo que respecta a sus fuentes romanas y la casuística, incluyendo referencias al Código de los Estados Prusianos de 1870 y al Código Civil de Austria.

El comprador podría invocar el error obstativo[54] y anular el contrato, pero si el contrato se anula, que sería responsable de los gastos del vendedor. Así, Ihering (1861) lo expone:

> Alguien quiere pedir 100 libras de una mercancía, pero confunde el signo de libra con el de quintal; llegan los 100 quintales y son rechazados por él. 0 se supone que el corresponsal de una casa de comercio ordena cierta mercancía en nombre del principal, pero se equivoca en el nombre de la misma. No cabe duda de que el contrato es nulo, siempre que pueda probarse efectivamente el error. Pero, ¿quién se hace cargo de los gastos de embalaje y envío desperdiciados? ¿La parte culpable no es responsable frente al oponente del reembolso de los gastos causados por su culpa? (p. 7).

Es decir, lo que Ihering (1861) quiere saber es ¿quién se hace cargo de los gastos del flete, embalaje, seguros, aduanas, y envío?[55] La respuesta es que es justo que el vendedor sea indemnizado por los gastos y ahí comienza a pensar cuál sería la base para indemnizar al vendedor por el error del comprador. En la doctrina, a partir de su vinculación con el derecho romano, no había respuesta. El comprador no había desplegado dolo o malicia,[56] entonces el acto *doli* no sería recurrente. Tampoco podría aplicarse la doctrina de la responsabilidad contractual porque el contrato se había

54 Para analizar con profundidad el tema del error durante las negociaciones como elemento exculpante de responsabilidad, puede consultarse Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006, pp. 14-15, 271-316).

55 Según Kozolchyk (2014), la teoría de Ihering se basa en la idea de que se deben poder recuperar daños contra una parte cuya conducta culpable causó que un contrato sea inválido o impidió que se completara, con el fin de restablecer el statu quo (p. 1032).

56 Para Mommsen (1978) el "dolus" es sinónimo de fraude (p. 23) y sostiene que la "lata culpa" equivale a "dolus" y puede acarrear las mismas penas (pp. 182-183).

anulado, es decir no existía. Tampoco podría utilizarse la teoría de la responsabilidad extracontractual porque no es un daño que se realice a terceros sino al vendedor en el marco de un contrato nulo; sin embargo, cree que existe una acción de indemnización por la culpa del comprador durante este proceso de contratación. (p. 7-8).

Otro caso interesante que plantea Ihering (1861) se refiere al error del mensajero en transmitir el mensaje, lo expone de la siguiente forma:

> El del error del mensajero. Le pido a un amigo que viaja a Bremen que pida 1/4 de caja de puros a mi proveedor de puros, pero comete un error y pide 4 cajas. Me las envían, pero las rechazo. ¿El remitente tiene que hacerse cargo del doble de los gastos de transporte, o puede pedirnos al mensajero o a mí que se los reembolsemos? (p. 9).

Ihering expone que según la doctrina imperante el mensajero era considerado como el responsable, pero esa solución no era práctica, por cuanto se estaría suplantando la figura del mandante (p. 10).

Otro ejemplo, muy importante, por cierto, y al que volveremos al final, puesto que Ihering mismo retoma este ejemplo al final de su obra, es aquel relacionado al error en la transmisión de una orden:

> La empresa X en Colonia encargó al banco Z en Frankfurt, a través de un telegrama, vender una cantidad significativa de ciertos valores gubernamentales en su nombre. Sin embargo, debido a algún error ocurrido durante la transmisión del telegrama, se omitió la palabra "vender" y el mensaje se entregó al destinatario en esa forma y fue ejecutado por él. Dado que los mencionados valores sufrieron una disminución considerable en su cotización poco después, la diferencia fue muy significativa, ascendiendo a alrededor de 30,000

> florines, según creo. ¿Podía Z exigir que X le reembolsara esa cantidad? Este último lo negó, argumentando que el mandato, como todo contrato, requería consentimiento, pero que éste faltaba en el caso presente. Sin embargo, fue condenado por la autoridad competente; lamentablemente, no pude averiguar las razones de esta decisión, pero la propia decisión fue de gran interés para mí, ya que me reafirmó en mi convicción de que la vida no puede conformarse con la mera nulidad del contrato según el derecho romano en casos como éste y similares, sino que plantea una demanda ineludible de indemnización por daños y perjuicios. Sin importar cómo se pueda construir esta última teóricamente, una cosa estaba clara para mí: no se puede prescindir de ella en absoluto, y si el enfoque inicial que elegí de la ley Aquilia resultara insostenible, se podría encontrar otro enfoque teóricamente completamente satisfactorio para ella. (p. 10-11).

En su afán de encontrar el fundamento de esta acción reivindicatoria, Ihering (1861) evalúa cuidadosamente diferentes citas y textos del Digesto[57] en sus diversos libros,[58] especialmente los referidos a la venta de una res extra commercium[59] (o sea la venta de un objeto no comerciable) y de una herencia inexistente (p. 11).

En este momento es donde Ihering (1861) postula que la parte inocente tiene derecho a ser indemnizado por los gastos ocasionados

57 Emperador Justiniano. (530). Código de Justiniano.

58 Remitimos al lector al Apéndice 1 donde exponemos al detalle el texto de las citas del Digesto que Ihering usó en su obra.

59 Para Tomás Martínez (2010), las bases romanas de las venas extra commercium fueron la base de la teoría de Ihering (p. 189).

por culpa del error de la otra parte, y a ello lo llama la culpa en la contratación,[60] es decir la *culpa in contrahendo* (p. 11).

En esta búsqueda de fundamento para su teoría, Ihering (1861) arranca con una cita de Modestino en el Digesto, 62 § 1 de contr. em. (18, 1), que dice:

> Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, a fin de no ser engañado. (pp. 12-13).

Hemos destacado tres partes importantes de esta cita. En la primera parte, "sin saberlo", se refiere al estado mental del comprador que adquiere un bien sin tener conocimiento de su existencia como *res extra commercium* (por ejemplo, un lugar sagrado, religioso o público). En el segundo énfasis, "aunque la compra no sea válida", se encuentra una pieza fundamental en la teoría de Ihering. Su objetivo es demostrar que, a pesar de que el contrato sea nulo, aún produce efectos,[61] entre ellos, respaldar una acción del comprador para reclamar daños y perjuicios al vendedor. Por último, resaltamos el tercer aspecto, aunque Ihering no le dé mucha atención. Este aspecto se refiere a la necesidad de evitar una injusticia, lo que implica que esta transacción podría estar envuelta en mala fe o engaño,[62] principalmente por parte del vendedor.

---

60 Para Rodríguez de las Heras (2015), el trabajo de Ihering tiene su base en la teoría de la culpa en la contratación (p. 1804).

61 Este extremo es rescatado por Cabanillas Sánchez (2015), en el sentido que un contrato a pesar de ser nulo produce efectos y tiene derecho a que se compensen los daños (pp. 754-756).

62 Para Cartwright (2009), una parte que ingresa en las negociaciones contractuales de mala fe es culpable (pp. 82, 104).

Posteriormente, Ihering (1861) brinda otra cita del Digesto, muy recurrente y muy en tono con la cita anterior (en especial al tercer énfasis que expusimos anteriormente, sobre el estado mental del vendedor): § 5 J. de emt. y vender (3. 23):

> Si alguien, a sabiendas, destruye en vano lugares sagrados o religiosos, así como lugares públicos o incluso un foro o basílica que no le pertenezca, y luego, si alguien, engañado por un vendedor, compra esos lugares como si fueran profanos o privados, tendrá una acción en contra del vendedor por lo que no le estaba permitido tener, para obtener lo que le corresponde ya que no ha sido engañado. Lo mismo se aplica si alguien compra a un esclavo como si fuera un hombre libre. (p. 13).

Como vemos en esta última cita que hace Ihering sobre el Digesto, en comparación con la cita anterior vemos una constante, cual es el estado mental del vendedor, se utiliza la palabra "para evitar se engañado" o "engañado por un vendedor."[63] Este estado mental del vendedor, concomitante con la malicia o la tergiversación, en realidad no es motivo de sospecha o de análisis para Ihering (1861) quien está más interesado en analizar el fundamento de la acción reivindicatoria del comprador contra el vendedor. Es más, Ihering (1861) rechaza estudiar el fundamento de su teoría en el estado mental del vendedor porque considera que es irrelevante relacionar la malicia o la buena

63 Para Von Lackum (1970) el tema central de la teoría de Ihering se centra en la diligencia, es decir en la obligación de actuar diligentemente tanto en las relaciones contractuales existentes como las que están en desarrollo (pp. 63-65. En el mismo contexto, Bohrer (1980) argumenta que la obligación de actuar diligentemente se extiende a los contratos existentes y a los que se están desarrollando (pp. 42-44).

fe[64] con esta figura que debe ser de todas maneras vinculada con el contrato y no con la responsabilidad extracontractual:

> En primer lugar, la equiparación mencionada en algunos puntos entre la culpa lata y el dolus sólo se aplica a relaciones contractuales. ¿A dónde nos llevaría si alguien pudiera ser demandado por culpa lata en situaciones extracontractuales, al igual que por dolus? Una expresión descuidada, la difusión de un rumor, una información falsa, un mal consejo, un juicio imprudente, la recomendación de una empleada anteriormente despedida por parte del antiguo empleador, la solicitud de información sobre una ruta, el tiempo, etc., por parte de alguien que pasa, en resumen, cualquier cosa y todo exigiría la compensación de los daños causados debido a la culpa lata, a pesar de toda buena fe. La acción de dolo se convertiría en una verdadera plaga en la sociedad y las relaciones sociales perderían su espontaneidad, la palabra más inocente se convertiría en una trampa. Aparte de la referencia general mencionada en la nota 13, el derecho romano tampoco ofrece ninguna base para esta opinión. Por el contrario, la descarta de manera explícita al establecer que la acción de dolo se refiere específicamente a la intención fraudulenta. (p. 15).

De esta forma, Ihering cierra toda posibilidad de enlazar el fundamento jurídico de la CIC con la buena fe o la mala fe del actor, reconduciendo la figura del dolo a las acciones fraudulentas. Asimismo, Ihering es tajante al indicar que la CIC no tiene nada

64 Por su parte, Pouliadis (1982), aunque concuerda con Ihering en que el fundamento de la teoría de la CIC reside en el deber de actuar diligentemente, aplicado tanto a las relaciones contractuales existentes como a las incipientes, difiere de Ihering al enfatizar la importancia de actuar con buena fe en estas relaciones. (pp. 31, 33, 40, 46, 79, 159, 209, 257).

que ver con una responsabilidad extracontractual, es decir, con el deber de no daña a terceros. Esta cita de Ihering es sumamente interesante, por cuanto, como veremos en el capítulo III y anexo III, la jurisprudencia relaciona la CIC con el quebrantamiento de actuar de buena fe del vendedor durante la etapa negocial, y muchas veces queda la CIC vinculada a la responsabilidad extracontractual en función del principio "*neminem laedere*" (no dañar a terceros).[65]

Por tanto, lo que a Ihering (1861) le interesa es que se indemnice al comprador por aquellas acciones perjudiciales del vendedor cuando un contrato resulte nulo (p. 16),[66] independientemente del estado mental del vendedor o de la parte que genera este daño, es decir, no le interesa si existe buena o mala fe en el actor, ya que la mala fe, o la malicia es una figura propia del fraude o del dolo.[67]

Ahora bien, otro aspecto interesante en los descubrimientos de Ihering se relaciona con los deberes de informar[68] sobre los defectos del objeto por parte del vendedor. Este aspecto lo veremos posteriormente, especialmente en la doctrina de Larenz, sin embargo, en cuanto a lo que acontece con Ihering (1861), en su obra cita una norma del Digesto que es pertinente aludir porque se refiere a las obligaciones de informar o divulgar los defectos: 1.1§1 de act. em. (19.1):

---

65 Cabrillac (2016) considera que Ihering influenció el derecho alemán al considerar negociaciones precontractuales que se quiebran, conllevando a una responsabilidad contractual (p. 62).

66 Para Lauer (1983), Ihering introdujo el concepto de 'interés negativo' en el contexto de 'contratos nulos o no perfeccionados (p. 72). En similar sentido, Laszlo (1966) cree que la teoría de *culpa in contrahendo* compensa por daños cuando un contrato no es válido o no se completa (p. 175).

67 Este extremo de la teoría de Ihering es totalmente ignorado por la doctrina posterior que equipara la doctrina de la CIC a la responsabilidad extracontractual (contra los deseos de Ihering) y la vincula al quebrantamiento del deber de actuar de buena fe por parte del vendedor.

68 Widmer (2003) considera "el incumplimiento del deber consiste en la falta de información al socio negociador" y que "la no ocurrencia de información obligatoria" puede llevar a responsabilidad (p. 152).

> (1) Si el vendedor sabía que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre y lo ocultó, no puede evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador ignorara que esto era así; porque todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra. Entendemos que el vendedor conoce la carga y la oculta, no sólo cuando no lo notifica al comprador, sino también cuando niega que dicha servidumbre esté presente, cuando se le pregunta al respecto.[69] Si sugieres, por ejemplo, que el vendedor dijo: "No se debe ninguna servidumbre, pero en caso de que aparezca una inesperadamente, no seré responsable", creo que estará sujeto a una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador descubriera que existía una servidumbre, sostengo que estará sujeto a una acción de compra. Y, en general, diría que, si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, debe ser considerado responsable, pero no después de haber consentido en proporcionar la garantía. Estos principios son correctos cuando el comprador desconocía la existencia de las servidumbres, ya que no se le considera haber ocultado nada cuando la otra parte lo sabe, ni se debe informar a quien no desconoce los hechos. (p. 16).

Muchos principios y teorías se pueden extraer con respecto a esta cita del Digesto, pero vamos a destacar dos que son realmente importantes. La primera teoría es la del *caveat emptor* (que el

69 Caso de *misrepresentation*.

comprador lo descubra) que es la teoría del *common law*[70] que no impone una obligación del vendedor de informar[71] a menos que exista a sabiendas un defecto del objeto. Esta teoría se conduce con la cita del Digesto que acabamos de reproducir, tomado de la obra de Ihering (1861): "ni se debe informar a quien no desconoce los hechos" (p. 16). Sin embargo, la cita impone un deber de informar cuando exista conocimiento de tales vicios del objeto, so pena de caer en *misrepresentación* o tergiversación (malicia)[72] o hasta fraude. Es aquí donde el Digesto impone el deber de conducirse de buena fe dentro del marco contractual: "porque todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra" (p. 16).

Ahora bien, llegamos al punto donde Ihering trata de definir el alcance de los daños y perjuicios. Es decir, hasta qué punto puede recuperar una persona, si es que estos daños se basan en el lucro cesante (aunado al interés de cumplimiento, al que llama interés positivo) o vinculado al daño emergente[73] (los gastos que son producidos negativamente por este contrato nulo, interés negativo): "¿Qué tipo de interés el *acto emti*[74] en nuestro caso, según la clara expresión del pasaje de Modestino y las instituciones: *quod ejus*

70 En el capítulo IV volveremos detalladamente a estudiar con exactitud los alcances de esta teoría en el *common law*.

71 Canaris (1982) ha puesto énfasis en este tema, y trata sobre el del deber de proporcionar información veraz o de no ocultar información al celebrar un contrato (p. 422).

72 La figura del "*misrepresentation*" o tergiversación, será también motive de nuestro análisis posterior en el capítulo III de esta obra. Este tema es de suma importancia por cuanto el desarrollo casuístico de la CIC hace natural equiparar la CIC (no como la concibió Ihering inicialmente, sino como la doctrina la ha desenvuelto progresivamente) con la misrepresentación a través de la violación del deber de negociar con buena fe.

73 Según Demkina (2020), el interés negativo sería, en el sistema de Ihering, tan importante como el positivo (p. 135).

74 *Acto emti* se refiere a un contrato de compra-venta.

interfuit, *ne deciperetur*?" ("Lo que le incumbía, para evitar ser engañado.") (p. 19).

Y esta cita se la compagina con otra del Digesto 1.23 § 1 de aed. (21, 1) que Ihering la cita en la nota 18:

> (1) Los ediles ordenan que todas las accesiones a la venta también sean devueltas, y todas las añadiduras que el propio vendedor haya proporcionado también deben ser reparadas; de modo que ninguna de las partes, si se rescinde la venta, obtendrá algo más de lo que habría obtenido si la venta no se hubiera hecho. (p. 19).

Luego Ihering (1861), basándose en el Digesto, piensa que el daño resarcible muchas veces puede estar limitado al interés negativo[75] (o sea el interés de que un contrato no sea válido), pero muchas veces la acción indemnizatoria alcanza al interés positivo:

> Sin embargo, la celebración del supuesto contrato también puede haber resultado en un lucro cesante para el demandante, ya sea porque desestimó otra oportunidad para celebrar el mismo o simplemente no buscó una en una fecha posterior. El cochero que por error reservó para un día diferente al previsto, el posadero que accidentalmente reservó habitaciones en el domicilio en lugar de otra persona, no ha sufrido perjuicio positivo alguno por este error, sólo si ambos en si, como consecuencia de este pedido, ha rechazado otra oportunidad que se le presentó para vender su vehículo o sus habitaciones, esto es

75 Piotet (1963) señala que la teoría de Ihering se basa en la idea de que, si un contrato no se completa o es inválido, la parte que sufre daños porque confió en la apariencia de un contrato válido puede buscar compensación de la persona responsable de la apariencia engañosa (p. 13).

> completamente equivalente a una pérdida de efectivo para ambos. Sin esa oportunidad, por supuesto, el descuido no habría tenido consecuencias adversas para ella.
>
> El interés negativo a veces puede alcanzar el nivel del positivo. En los dos últimos casos, los demandantes reciben exactamente lo que habrían recibido si se hubiera cumplido el contrato. (p. 21).

Pese a los esfuerzos de Ihering de delimitar su teoría y explicar que el daño resarcible es muchas veces positivo, el Desarrollo doctrinal y jurisprudencial, como lo veremos en el capítulo III y anexo III se limita al interés negativo[76] y no al positivo.[77]

En este punto del manuscrito de Ihering (1861) todavía no ha explicado cuál es el fundamento de la teoría de la CIC, es decir, si es que el estado mental del vendedor (buena o mala fe) es el fundamento de la *actio emti* (indemnizatoria) del comprador. En este punto, Ihering (1861) comprende las limitaciones del Digesto y los textos romanos que no le brindan un sustento a la CIC,[78] así lo sentencia:

> Siguiendo las fuentes, la versión anterior ha tratado de explicar los factores esenciales de los que depende nuestra pretensión de indemnización, pero ello en modo alguno da una idea de la naturaleza jurídica de la misma, y sin embargo se hace un juicio definitivo sobre ella indispensable no sólo desde el punto de vista del interés teórico, sino también con

76 Según Chaussade-Klein (1992), el interés negativo es central en la teoría de Ihering (p. 118).

77 En efecto, este extremo será visto en el capítulo V donde veremos cómo el interés positivo es muchas veces recogido en una acción de *Promissory estoppel*; mientras que en anexo III veremos los casos reducidos solamente al interés negativo.

78 Estevill (1995) también subraya los vacíos que Ihering experimenta a partir de su lectura de los textos romanos (pp. 1023-1031).

> el propósito de un tratamiento dogmático más detallado de la relación. Las propias fuentes, como se ha dicho, no nos dan ninguna información directa sobre esta cuestión, pero en mi opinión, las indicaciones que proporcionan son más que suficientes para responderla. (p. 23).

Como vemos, Ihering concluye que las fuentes romanas no son explícitas en este tema,[79] es decir, no puede encontrar el fundamento de la acción indemnizatoria en los textos romanos de manera contundente. Es a partir, del estudio concatenado de diversas citas del Digesto donde trata de extraer el fundamento de la culpa del vendedor.[80]

Antes de responder esta pregunta, Ihering se detiene un rato a analizar que un contrato tiene dos efectos, uno principal y otro accesorio o secundario. Cuando el fin principal se ve truncado, es decir el objetivo fundamental se trunca a consecuencia de la nulidad del contrato, existe una consecuencia secundaria que deriva de esa nulidad (pp. 27-28). Es decir, un contrato nulo no es un ente muerto, sino que pese a que sea nula produce efectos, entre ellos el resarcitorio de la actio emti:

> La consideración anterior nos ha mostrado que el *acto emti* en su función de reclamación de daños y perjuicios en caso de nulidad del contrato no es un fenómeno aislado ni inexplicable, sino que, despojado de su extraña forma no contiene más que la simple frase: la celebración de un

79 En el mismo sentido Monsalve Caballero (2013) cree que la teoría de la CIC de Ihering nace a consecuencia de la falta de soluciones que observó en los textos romanos y compilaciones del Digesto (p. 128).

80 El énfasis del estudio de Ihering en los textos romanos es puesto de relieve por San Martín Neira (2013), quien menciona que la responsabilidad contractual tiene su base en las fuentes romanas (p. 320).

> contrato no se limita a crear una obligación de cumplir, pero si este efecto por cualquier impedimento legal se excluye, bajo ciertas circunstancias, la obligación de pagar daños y perjuicios; la expresión "nulidad" del contrato, según la terminología romana y moderna, designa sólo la ausencia de ese efecto, no la ausencia de todos los efectos en absoluto." (pp. 29-30).

Luego Ihering (1861) vuelve a preguntarse sobre el fundamento de este efecto secundario, es decir, quiere descubrir el fundamento jurídico, la base filosófica (no solamente político-legal o positiva) de la adjudicación de este actio emti, o del derecho a reclamar un interés negativo:[81]

> Entonces, ¿cuál es la razón o motivo legislativo de nuestra demanda? ¿Cabría pensar en vincularlo a la protección que la ley otorga al poseedor de buena fe? (p. 30).
>
> Porque la *actio emti* de nuestro comprador putativo no es la del modelo real... pero es una acción por daños completamente diferente, y luego la legislatura no podría en modo alguno valerse de la mera *buena fe* del comprador como base para cargar al vendedor, que no puede ser menos de buena fe, con la obligación de pagar daños y perjuicios. La medida só1o puede justificarse si al mismo tiempo la motiva un factor en la persona del vendedor. El poseedor de buena fe nunca está protegido a costa de terceros, y en el caso de la posesión de buena fe el demandado prevalece en ambos lados. (p. 27).

81 Estevill (1995) dice al respecto de ambos intereses: "Una y otra denominación (interés negativo e interés positivo) fueron acuñadas por Ihering" (p. 1049).

Ahora bien, Ihering (1861) se pregunta si el fundamento jurídico de protección al comprador frente al vendedor, radica en su buena fe,[82] y desliza la posibilidad de la siguiente forma de que tal vez se encuentre en la buena fe del poseedor o comprador, pero después sepulta esta idea con la siguiente aseveración que extingue cualquier insinuación de vincular su teoría con un deber de buena fe, ya sea del comprador, o un estado de posesión de buena fe del comprador:

> En cambio, es una demanda de indemnización completamente diferente, y además, el legislador no podría haber basado la obligación de indemnización para el vendedor únicamente en la buena fe del comprador, ya que el vendedor también puede actuar de buena fe. La medida solo puede justificarse si hay un elemento en la persona del vendedor que la motive. El poseedor de buena fe nunca está protegido a expensas de terceros, y en la bonae fidei possessio, tanto el demandante como el demandado actúan de buena fe. (p. 31).

Es en esta cita donde Ihering corta tajantemente con el concepto de buena fe como fundamento de la CIC,[83] tanto la buena fe del comprador como la del vendedor. Es más, Ihering expresamente lo dice cuanto manifiesta que no es posible sustentar el derecho del comprador a una indemnización sustentado en su buena fe a costa de la mala fe del vendedor, puesto que el vendedor también puede actuar de buena fe, y si es así entonces ¿cuál sería el fundamento jurídico del acto emti?

82 Según Mussy (1999), el trabajo de Ihering sobre '*Culpa in contrahendo*' fue influyente en cambiar el enfoque hacia el principio de buena fe y corrección (p. 1).

83 Sin embargo, para Gurpinar (2006), la teoría de *culpa in contrahendo* de Ihering se basa en la idea de que se establece una relación de confianza entre dos partes cuando comienzan las negociaciones contractuales, obligándolas a actuar en el mejor interés de la otra (p. 142).

A pesar de que Ihering define claramente el tema de la buena fe, la doctrina posterior, analizando los casos expuestos en el capítulo III de esta obra, muestra que el deber de negociar de buena fe es el pilar de la CIC. Esto contrasta con la intención original de Ihering de desvincular el estado mental del comprador o del vendedor del fundamento jurídico de la CIC. Como se analizará en el capítulo III, al asociar la base de la CIC al estado mental del vendedor, indirectamente se relaciona la malicia con los efectos indemnizatorios, una figura similar al "*misrepresentation*" del common law, que será explorado en el capítulo III.[84]

Entonces, si no es necesaria la representación mental o la intención del vendedor dentro de la CIC, para definir el fundamento jurídico de esta figura, y si se trata de delimitar la figura de la CIC con la del actio doli[85] que conlleva el elemento de la malicia o la mala fe (reminiscencia de la *misrepresentation* del *common law*), Ihering (1861) da un giro y cita una norma del Digesto que parece contradecir sus postulados. Se trata de 13§3 de act. emti (19.1):

> ¿Cuál sería el caso, sin embargo, si el vendedor no estaba consciente de que el esclavo era un ladrón y había asegurado que era frugal y fiel, y lo vendió a un precio alto? Veamos si sería responsable de una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter

84 En efecto, para Nickl (1992) por ejemplo, la teoría de Ihering sobre la CIC se fundamenta en la idea de que la obligación de actuar diligentemente en un contrato se aplica tanto a los contratos existentes como a los potenciales (p. 24).

85 Con respecto a la "actio doli" (acción por fraude) y su relación con el concepto de "dolus in contrahendo" (engaño en la contratación), Mommsen sostiene que el comprador debe probar una relación causal entre el engaño del vendedor y la decisión del comprador de celebrar el contrato, y también analiza la importancia de determinar si el contrato es válido o no, y las implicaciones para la acción legal del comprador. Mommsen (1879) se opone a la idea de que el comprador debe sufrir daños para poder emprender acciones legales (pp. 152-153).

> del esclavo. No debería afirmar tan rotundamente algo que no sabía. Existe entonces una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo, ya que quien sabe debería advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a hacer una afirmación imprudente.

De modo que, pese a no recurrir a la figura del dolo, Ihering (1861) recurre a la figura de la culpa por negligencia,[86] es decir, porque el vendedor ignora algo que en realidad no debería ignorar: "La ignorancia del vendedor puede al menos excusarse plenamente (piense, por ejemplo, en el caso en que el vendedor era ciego); sin embargo, hay una culpa en vender; quien no esté completamente seguro de su causa, no debe vender" (p. 32).

Y si es así que existe culpa en el vendedor, pese a que pueda tener toda la buena fe del mundo, entonces el fundamento jurídico de la culpa, Ihering (1861) la hace recaer en la equidad:[87]

> El hecho de que el cliente, independientemente de una culpa por su parte, deba indemnizar al mandatario por el daño que sufrió como consecuencia del negocio que le fue encomendado (no sólo con ocasión de realizarlo) es una exigencia de equidad que el derecho romano prevé tanto en decisiones concretas como en forma abstracta. (p. 33).

86 Reder (1989) explica que La teoría de Ihering se basa en la idea de que tanto las relaciones contractuales existentes como las emergentes deben estar protegidas por normas contra la negligencia (p. 12).

87 Faggella (1918) discrepa con Ihering y considera que su teoría no es apegada a la realidad del fenómeno jurídico. Asimismo, cree que la equidad sólo se convierte en norma jurídica cuando el legislador se refiere a ella directa o indirectamente (pp. 88-90).

Posteriormente Ihering (1861) llega a una conclusión importante. Cree que el sistema de responsabilidad extracontractual cubre las situaciones de dolo y malicia, pero que las situaciones de negligencia, o sea de culpa, están descubiertas. De allí que piensa que la ley debe amparar a la persona inocente de la culpa del vendedor de forma automática, y encuentra finalmente el fundamento de dicha culpa en la ausencia de un deber de diligencia[88] en la contratación por parte del vendedor.[89] Lo afirma de esta manera:

> Si despojamos a la culpa de su forma concreta, accidental en ambos casos, consiste en que el vendedor contrata sin poder prescribir en su persona los requisitos de validez del contrato y mediante la falsa apariencia del contrato la otra parte lleva por mal camino. Quien así contrata, pasa de la esfera puramente negativa de los deberes de las relaciones extracontractuales a la esfera positiva de la esfera del contrato, de la esfera de la mera *culpa in faciendo* a la de la culpa *in non faciendo*, la diligencia positiva, y la primera y más general obligación que por ella asume es la de emplear la diligencia necesaria al contratar. No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que ya se están desarrollando deben estar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, si la relación contractual no se expone de la manera más sensible, cada contraparte debe estar expuesta al riesgo, la víctima se convierte en la negligencia

88 Esta falta en el deber de actuar diligentemente, Hahn (2004) lo extiende, tratando de interpretar a Ihering, tanto a las relaciones contractuales por existir y a las ya existentes (p. 334).

89 En efecto, para De la Puente y Lavalle (2007), Ihering centra su atención en la diligencia como motor central de su argumentación jurídica, sosteniendo que la CIC está basada en la idea de que el mismo nivel de diligencia debe ser aplicado tanto a la formación del contrato, así como a su ejecución, y que la responsabilidad nace desde el momento en que la oferta es extendida (pp. 362-365).

> de otra persona. Para salvaguardarlo de ella, no se debe esperar que se le garantice expresamente la ausencia de culpa o más específicamente, la existencia de los requisitos del contrato. La ley puede y debe liberarlo de esta carga, transfiriendo la asunción tácita de esta garantía al propio acto de contratar. En las relaciones extracontractuales, nadie puede exigir del otro garantía de la fiabilidad y veracidad de sus declaraciones y comunicaciones; la ley sólo le protege contra el dolo, no contra la culpa, y es responsabilidad propia si sufre daños debido a una confianza ciega en las afirmaciones de terceros, ya que debería haber conocido el carácter no vinculante de las mismas. (p. 37).

De esta forma Ihering parece redondear su doctrina y culmina diciendo que este deber de diligencia necesariamente gobierna todas las transacciones comerciales, y que, ante el quebrantamiento o incumplimiento de este deber contractual, entonces la parte culpable debe resarcir de los gastos incurridos por la parte inocente. Asimismo, vimos que Ihering estima que el sustrato o fundamento jurídico de esta obligación de actuar diligentemente en los contratos radica en la equidad.[90]

Muy bien, ahora regresemos por un momento a la cita inicial de Ihering sobre el Digesto. Al principio vimos que Ihering (1861) intenta resolver el misterio sobre la necesidad de resarcir a la parte inocente que ha sufrido daños y perjuicios, y cita la siguiente norma que la pasamos a reproducir: 62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino): Qui

90 La teoría de Ihering de 1861 trasciende los límites de su obra seminal, así lo señala Patrzek (1992) que dice que Ihering escribió un libro llamado 'Deutsches Privatrecht' en 1895 y que su teoría está relacionada con el concepto de '*culpa in contrahendo*' (p. 146).

nesciens loca sacra vel religiosa vel publica per privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod intertuit ejus ne deciperetur.

La misma que se traduce como:

> Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, a fin de no ser engañado. (pp. 12-13).

Como lo manifestamos anteriormente, Ihering trata de desligar el estado mental del vendedor y desvincularlo de toda forma de obligación de buena fe o mala fe, porque intuye que no tiene sentido basar su teoría de la CIC en el quebrantamiento o incumplimiento del deber de buena fe puesto que ambos -en vendedor y el comprador- tienen buena fe – o pueden tenerla, o presumirse que la tienen- y entonces concluye que la obligación de negociar de buena fe no es concluyente (Ihering, 1861, p. 30).[91]

Sin embargo, para llegar a la conclusión de que el vendedor es responsable por los gastos incurridos por el comprador a partir de la culpa del vendedor, estima que el vendedor quebró una obligación que tácitamente viene impuesta en todo tipo de contratos, y que ante dicho incumplimiento la obligación de indemnizar resulta como una consecuencia natural: nos estamos refiriendo a la obligación de contratar con diligencia, cuyo incumplimiento (o sea la negligencia) amparada en la equidad, conlleva esa obligación resarcitoria.[92]

---

91 En el mismo sentido, Piotet (1963) pone énfasis en el concepto de "daños negativos" en la teoría de Ihering (p. 18).

92 En este contexto, al relacionar la obligación de resarcimiento con la nulidad del contrato, Ojeda Guillén (2009) sostiene que la visión de Ihering es que el concepto de nulidad no debería ser interpretado de manera inflexible (p. 112).

Luego Ihering, para redondear nuestro planteamiento, pretende deslindar esta negligencia (que el derecho no protege) de la figura del dolo (mala fe) para reservarla ésta última a situaciones extracontractuales.[93] Sin embargo, la cita del Digesto[94] que acabamos de reseñar 62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino), tiene ínsito en su seno una referencia inevitable al estado mental o a una situación concomitante con el dolo (que es lo que Ihering quiere evitar, pero parece no poder lograrlo). En efecto, Modestino dice al final de su cita: "a fin de no ser engañado" (Ihering, 1861, p. 30).

Si lo que trata de hacer Ihering es proteger a la parte afectada, que según Modestino viene referido en la primera parte de la cita (Aquel que, sin saberlo") para referirse al comprador, no tiene sentido ninguna alusión al estado mental del vendedor. Es decir, si de lo que se trata es de resarcir el daño que el comprador se irroga al contratar "sin saberlo" con una parte, y donde el contrato queda "nulo" ("aunque la compra no sea válida"), no tendría sentido dar al acto emti un elemento adicional que oscurece la herramienta protectora, es decir, no tendría ningún sentido vincular el estado mental del vendedor ("engaño") o "evitar el engaño" con el efecto indemnizatorio porque de lo contrario estaríamos implícitamente asumiendo que el acto emti trata de "evitar un engaño", o sea se presume que el vendedor puede estar "engañando" al comprador, lo cual se contradice con el objetivo de Ihering de desvincular el acto doli (engaño) del acto emti (que es el fundamento de la CIC).

Este es, a nuestro concepto, el talón de Aquiles de Ihering (1861), y en realidad el talón de Aquiles de toda la teoría de la CIC. Esta confusión no es fácil de desterrar, y, a la luz del estudio del anexo III,

93 Hahn (2004) también cree que la teoría de Ihering es contractual (p. 358).

94 Como vimos anteriormente, Ihering se basa en los textos romanos del Digesto para formular su teoría, así también lo expone Ojeda Guillén (2009, p. 51).

veremos que la jurisprudencia ha asimilado el deber de diligencia al contratar (p. 37) como deber de negociar de buena fe, el mismo que se presume, y en consecuencia la casuística recurre al estado mental del vendedor (léase: mala fe, dolo, malicia[95]) para dar fundamento jurídico a la obligación indemnizatoria del vendedor. Exactamente lo que Ihering quiso evitar.

Con ello, pensamos, la CIC no solamente tiene tu talón de Aquiles en esta confusión entre el deber de contratar con diligencia (p. 37) con la buena fe del vendedor (p. 30), y esta confusión es la que se trasluce en la actualidad en todos los casos que hemos estudiado, y que se pueden muy bien analizar en el anexo III de esta obra. Es decir, la CIC tiene el germen de su propia destrucción a partir de esta confusión.

Asimismo, esta confusión no solamente ha generado este maniqueísmo entre el deber de contratar de buena fe (Ihering, 1861, p. 30) o con diligencia (p. 37), sino que ha extendido la CIC a la responsabilidad extracontractual (*culpa in faciendo*), extremo que Ihering también trató de evitar al tartar de limitar la culpa a la esfera contractual (*culpa in non faciendo*) (Ihering, 1861, p. 37).

Es por ello que, como lo veremos en el anexo III, la CIC se ha identificado con la responsabilidad extracontractual (*culpa in faciendo*), pese a la adveración de Ihering de limitarla a la esfera contractual[96] de la *culpa in non faciendo* (1861, p. 37), confundiendo en esta CIC el dolo con la culpa.

---

95 Ordoqui Castilla (2017) también equipara el dolo con la mala fe: "en sentido amplio dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad, e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en el propio beneficia. Desde esta óptica el dolo se acerca a la figura de la mala fe y se contrapone a la noción ética de buena fe. El dolo generalmente consiste en una conducta contraria a las exigencias de buena fe." (p. 400).

96 En este sentido Nickl (1992) usa el término vertraglichen Haftung que significa "responsabilidad contractual" (p. 146).

Y si revisamos las citas del Digesto[97] que Ihering utiliza para llegar a sus conclusiones, veremos que el Digesto se refiere a la mala fe, al dolo, a la malicia, al fraude y al engaño como factores evitables de los cuales se pretende proteger al comprador. Veamos brevemente, cuáles son estas citas a las que hacemos mención, en el siguiente cuadro:[98]

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
12-13	62 § 1 de contr. em. (18, 1) (Modestino)	Aquel que, sin saberlo, adquiera lugares sagrados, religiosos o públicos a través de particulares, aunque la compra no sea válida, aún podrá ejercer una acción contra el vendedor para obtener lo que le corresponde, **a fin de no ser engañado**.
13	§ 5 J. de emt. y vender (3. 23)	Si alguien, a sabiendas, destruye en vano lugares sagrados o religiosos, así como lugares públicos o incluso un foro o basílica que no le pertenezca, y luego, si alguien, **engañado por un vendedor**, compra esos lugares como si fueran profanos o privados, tendrá una acción en contra del vendedor por lo que no le estaba permitido tener, para obtener lo que le corresponde ya que no ha sido engañado. Lo mismo se aplica si alguien compra a un esclavo como si fuera un hombre libre

97 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

98 En este capítulo nos referimos brevemente a la alusión de las citas del Digesto que Ihering utilizó en su obra de forma simplificada. El texto regular y amplio puede consultarse en el acápite No. 1 de esta obra.

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
P.15 (nota 13)	1.1 § 1 si mensor (11. 6)	El Pretor concede una *acción in factum* contra un agrimensor de tierras, **ya que no debemos ser engañados** por él, ya que estamos interesados en obtener un informe preciso de las mediciones; por ejemplo, cuando surge una controversia respecto a los límites, o cuando el comprador o vendedor desea determinar el tamaño de la parcela de tierra a ser vendida. Concede esta acción porque las antiguas autoridades no consideraban que el contrato hecho con una persona de este tipo fuera de arrendamiento, sino que sus servicios eran donados como un favor, y por lo tanto, lo que se le daba a modo de remuneración era designado como honorario; pero si se presenta una acción por arrendamiento, debe decirse que se presenta sin propósito alguno. (1) **Esta acción sólo requiere la existencia de mala fe**. Se sostuvo que el agrimensor estará completamente restringido si sólo puede ser **demandado por mala fe positiva**, ya que no es civilmente responsable. Por lo tanto, si ha mostrado falta de habilidad, aquél que lo empleó sólo tiene la culpa a sí mismo, pero si fue culpable de negligencia, estará igualmente protegido; **y es evidente que la negligencia grave se asemeja a la mala fe**. Pero cuando recibe compensación, según los términos del Edicto, será responsable de todo tipo de negligencia; sin duda, el Pretor sabe que las partes de este tipo trabajan a cambio de un pago.
P.15 (nota 13)	32 Dep. (16, 3)	Si devolvieres a Ticio una propiedad que te ha sido depositada por un esclavo de quien creías que Titius era el amo, cuando no lo era; no serás responsable de una acción de depósito, dice Celso, **porque no hay fraude de tu parte;** pero el amo del esclavo puede entablar una acción contra Titius a quien se entregó la propiedad. Si produce la cosa, puede recobrarla con una acción, pero si la usó sabiendo que era ajena, se le dictará sentencia contra él, **porque actuó dolosamente** para no quedar en la posesión.

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
P.15 (nota 13)	1.7 § 1 de susp. tut. (26. 10)	También él, con quien depositamos bienes, es responsable ante nosotros por ellos, y está obligado a devolver el mismo artículo que él mismo recibió. Mas si por negligencia perdiere lo que se le encomendó, quedará libre de responsabilidad, ya que no lo recibió para su propio beneficio, sino para el de quien lo obtuvo, y **sólo será responsable si alguno de ellos se perdió por fraude**. Sin embargo, no será responsable por negligencia el que confió su propiedad a un amigo suyo, que fue negligente, porque sólo él tiene la culpa. **Aún así, se ha decidido que la culpa grave se incluye en el delito de estafa**.
P. 15 (nota 13)	I. 226 de V. S. (50.26)	Si un esclavo vende la propiedad de otra persona en nombre de su amo, el comprador no tiene acción de compra. Incluso si el dueño tiene derecho a recuperar la propiedad por la condición, el comprador puede ser liberado por **una excepción por dolo**.
P.16 (nota 15)	1.1§1 de act. em. (19.1) [p. 16]	(1) Si el vendedor sabía que la propiedad estaba sujeta a una servidumbre **y lo ocultó**, no puede evitar una acción de compra, siempre y cuando el comprador ignorara que esto era así; porque **todo lo que se hace en violación de la buena fe está incluido en una acción de compra**. Entendemos que **el vendedor conoce la carga y la oculta**, no sólo cuando no lo notifica al comprador, **sino también cuando niega que dicha servidumbre esté presente, cuando se le pregunta al respecto**.[99] Si sugieres, por ejemplo, que el vendedor dijo: "No se debe ninguna servidumbre, pero en caso de que aparezca una inesperadamente, no seré responsable", **creo que estará sujeto a una acción de compra, porque la servidumbre existía y él lo sabía**. Sin embargo, si el vendedor tomó medidas para evitar que el comprador descubriera que existía una servidumbre, sostengo que estará sujeto a una acción de compra. Y, en general,

99 Caso de mis*representation*.

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
		diría que si actuó fraudulentamente al ocultar la existencia de la servidumbre, debe ser considerado responsable, pero no después de haber consentido en proporcionar la garantía. **Estos principios son correctos cuando el comprador desconocía la existencia de las servidumbres, ya que no se le considera haber ocultado nada cuando la otra parte lo sabe, ni se debe informar a quien no desconoce los hechos**. (p. 16)
P.16 (nota 15)	1.14 §10 de aed. (21.1) [p. 17]	(10) Cuando la existencia de un defecto no fue mencionada expresamente por el vendedor, pero era de tal naturaleza que sería evidente para todos; por ejemplo, si el esclavo era ciego, o tenía una CICatriz manifiesta y peligrosa en la cabeza o en alguna otra parte de su cuerpo, Caecilius dice que el vendedor no será responsable por este motivo, de la misma manera que si hubiera mencionado expresamente el defecto, ya que se sostiene que el Edicto de los Ediles se refiere únicamente a enfermedades y **defectos que el comprador desconocía o podía desconocer.**
P. 20 (nota 21)	1er 13 pr. § 1-3 de la ley. em. (19. 1)	Juliano, en el Libro XV, establece una distinción en relación con la emisión de una decisión en una *acción de compra* entre una persona que vendió conscientemente la propiedad y una que lo hizo ignorando; porque él dice que cualquier persona que vendió un rebaño que está enfermo o una viga defectuosa, y lo hizo ignorando, debe cumplir con la reclamación en una *acción de compra*, en la medida en que el comprador habría pagado menos si hubiera sido consciente de dichos defectos. Sin embargo, **si él estaba consciente de ellos, y guardó silencio, y engañó al comprador**, **estará obligado a reparar toda la pérdida que el comprador sufrió por dicha venta**. Por lo tanto, si un edificio se derrumbara debido al defecto en el precio de la madera mencionada anteriormente, su valor total debe estimarse al calcular los daños; o si el rebaño muere por el contagio de la enfermedad, el comprador debe ser

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
		indemnizado en la medida del interés que tenía en la venta de la propiedad en buen estado. (1) Además, cuando alguien vende un esclavo que es un ladrón o que tiene el hábito de escaparse, **y lo hace conscientemente**, debe indemnizar al comprador por la cantidad de su interés en no ser engañado. Sin embargo, **si desconocía esto cuando vendió** al esclavo, será responsable con respecto a un esclavo que tiene el hábito de escaparse en la medida del monto menor que el comprador habría pagado si hubiera sabido que tenía tal hábito; pero no será responsable en absoluto cuando el esclavo sea un ladrón. La razón de esta distinción es que un esclavo fugitivo no puede ser mantenido bajo custodia, y el vendedor es considerado responsable, por así decirlo, por evicción; pero podemos controlar a un esclavo que es un ladrón. (2) Mucho se incluye en la cláusula que mencionamos, a saber: "En la medida del interés del comprador en no ser engañado", como, por ejemplo, si hubiera solicitado a otros que se escaparan con él o si hubiera robado bienes en el momento de su huida. (3) Sin embargo, ¿**qué sucedería si el vendedor no era consciente de que el esclavo era un ladrón** y había dado la garantía de que era frugal y fiel, y lo vendió a un alto precio? Veamos si estaría sujeto a una acción de compra. Creo que sería responsable, pero supongamos que desconocía el carácter del esclavo. No debería afirmar tan enfáticamente algo que no sabía. Entonces, hay una diferencia entre este caso y aquel en el que el vendedor conocía el carácter del esclavo, **porque aquel que sabe debe advertir al comprador que es un ladrón, pero en el otro caso, no debería estar tan dispuesto a hacer una declaración apresurada**.

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	**Referencia de Ihering al Digesto**	**Texto de la Referencia de Ihering**
P. 20 (nota 21)	1.1 § 2 de aed. ed. 21.1	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores que han sido engañados por los vendedores. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los Ediles ordenaron observar, seguirá siendo responsable; y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, **y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor.**
P. 29 (nota 29)	1. 14 § 1 Com. div. (10. 3)	(1) Sin embargo, cualquier gasto que haya incurrido mientras creía que la tierra era mía y que, si se presenta una demanda para la recuperación de una parte de la tierra, puedo retener, por supuesto, alegando la **excepción basada en el fraude**; **se debe considerar si puedo retenerlos debido a la justicia de la acción misma, si se presenta una demanda de partición contra mí. Creo que la opinión más acertada es que puedo hacerlo, porque la acción de partición de bienes comunes es de buena fe, pero esto sólo ocurre cuando se presenta una demanda contra mí**; sin embargo, si yo vendo mi parte, no quedará nada de lo que pueda retener los gastos.
P. 29 (nota 30)	1. 45 de her. pet. (5. 3)	Si alguien se ofrece voluntariamente en la defensa de un caso sin tener la propiedad en su posesión, se dictará sentencia en su contra, a menos que pueda demostrar con la evidencia más clara que el demandante, desde el inicio del proceso, sabía que no estaba en posesión de la propiedad; porque, en estas circunstancias, **no fue engañado**, y aquel que se ofreció voluntariamente en la defensa de la acción de recuperación **será responsable por fraude**; y, por supuesto, **los daños deben ser estimados de acuerdo con el interés que tenía el demandante en no ser engañado**.

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
P. 29 (nota 30)	1. 39 de dolo (4. 3).	Si te ofreces a ti mismo a Titius con respecto a algo de lo cual no estás en posesión, con el fin de que otro obtenga el uso del mismo; y otorgas garantía de que el fallo se cumplirá, aunque puedas ser liberado, seguirás siendo responsable **por fraude**; y ésta fue la opinión de Sabinus.
P. 29 (nota 30)	1.25-27 pr. de reiv. 6. 1)	Cuando una persona asume la defensa de un caso sin ninguna razón válida, ya que no está en posesión **y no ha actuado fraudulentamente para evitar estar en posesión**, Marcellus dice que no puede hacer que se deseche el caso si el demandante no es informado de los hechos, y esta opinión es la correcta; sin embargo, esto se presume cuando se haya entablado controversia. Pero cuando una parte, antes de que se entable controversia, afirma que no está en posesión cuando en realidad no lo está, y no engaña al demandante y se retira, no puede considerarse que haya asumido la defensa del caso.
P. 29 (nota 30)	1. 95 §9 de solut.(46. 3).	(9) **Has incurrido en fraude** para evitar estar en posesión de lo que has tomado de una herencia perteneciente a otra persona. Si el poseedor entrega la propiedad en sí misma, o paga su valor tasado en el tribunal, la transacción será en tu beneficio, porque el demandante ya no tendrá un interés adicional en el asunto. Sin embargo, si tú, habiendo sido demandado previamente, **realizas un pago debido al fraude que has cometido**, esto no beneficiará de ninguna manera al poseedor de la propiedad.
P. 32	1. 1 § 2 de aed. (21.1)	La razón de la promulgación de este Edicto fue prevenir los fraudes de los vendedores y brindar alivio a los compradores **que han sido engañados por los vendedores**. Sin embargo, debemos entender que **el vendedor**, incluso si desconocía las cosas que los ediles ordenaron observar, **seguirá siendo responsable**; **y esto no es injusto, ya que un vendedor puede obtener fácilmente conocimiento de estos asuntos, y no hace ninguna diferencia para el comprador por qué es engañado, ya sea por la ignorancia o la astucia del vendedor.**

Número de Página de la obra de Ihering (1861)	Referencia de Ihering al Digesto	Texto de la Referencia de Ihering
Página 33, nota 35	29 § 2 Mand. (17. 1)	Si el fiador, sin saber que el deudor ha pagado, realiza el pago por sí mismo, creo que tendrá derecho a una acción de mandato; ya que debería ser excusado si no había adivinado que el deudor ha pagado, ya que este último debería notificar a su fiador tan pronto como haya pagado, **para evitar que el acreedor se aproveche de él** y, aprovechándose de su ignorancia, obtenga de él la cantidad por la cual se convirtió en fiador.
Página 33, nota 35	1.2 §7 de ago. vender (18. 4).	La pregunta se plantea con frecuencia de si el vendedor del derecho a una propiedad debe compensar al comprador si ha obtenido algún beneficio debido al mismo. Este punto es discutido por Juliano en el Sexto Libro del Digesto. Él afirma que el heredero puede retener cualquier cantidad que haya cobrado y que no estuviera debida, y no será considerado responsable cuando haya pagado algo que no estaba debido; pues debe observarse la regla de que el heredero no está obligado a compensar al comprador una deuda que haya cobrado y que no estuviera debida, y tampoco puede cobrarle algo que haya pagado cuando no era debido. Sin embargo, si el heredero realiza un pago después de que se haya dictado una sentencia en su contra, será suficiente **que haya sufrido una decisión adversa sin ningún fraude por su parte**, aunque el acreedor no sea la parte a cuyo favor se haya dictado la decisión. Estoy de acuerdo con esta opinión.
P. 35, nota 39.	1. 19 1 loc. (19.2).	Si alguien alquila barriles defectuosos sin saber que lo son, y luego el vino se escapa, será responsable por la cantidad correspondiente al interés de la otra parte, **y su ignorancia no será excusable**. Esta opinión fue sostenida por Casio. El caso es diferente si alquilaste un terreno para pastoreo en el que crecían hierbas venenosas; en este caso, si alguno de los animales muere o se deprecia su valor**, y tú sabías de la existencia de las hierbas, debes indemnizar al arrendatario por la cantidad correspondiente a su interés; y si desconocías su existencia, no puedes cobrar el alquiler**. Esta opinión también fue sostenida por Servio, Labeón y Sabinus.

Como podemos apreciar, las citas que utilizó Ihering (1861) del Digesto, para formular el fundamento de su teoría de la CIC tienen ínsita una alusión al estado mental del vendedor que Ihering trata de separar para limitar la culpa *in non faciendo* con la obligación de actuar con diligencia. El problema es que el quebrantamiento de esta obligación de actuar con diligencia en la etapa contractual está embebido de dolo o culpa, entonces el efecto práctico es que en la práctica no ha sido posible delimitar la CIC al plano meramente culposo y excluir el dolo del estado mental del vendedor, máxime que, como se verá en el anexo III, la CIC queda asimilada a la responsabilidad extracontractual y al rompimiento de la obligación de negociar de buena fe. Con ello, la CIC trae consigo desde su partida de nacimiento, la confusión de la culpa con el dolo, confusión de la que nunca ha podido sacudirse, y que se vislumbra hasta en los mismos casos prácticos propuestos por Ihering (1861) al tratar de analizar secciones del Código Civil de Austria (ABGB)[100] o del Código de los Estados Prusianos (A.L.R.),[101] que es lo que veremos posteriormente.

Pero antes de entrar a analizar la casuística que Ihering tuvo en su tiempo jurídico, realiza una constatación que puede dejar perplejo a más de un autor. Así como comprobamos que Ihering (1861) no une su teoría a la buena fe (p. 30) ni a la responsabilidad extracontractual (p. 37) (como ya lo estudiamos anteriormente), Ihering (1861) nos trae otra revelación, si la *Culpa in contrahendo* es por una negligencia (no dolosa), la pregunta sería ¿cuándo empieza el deber de actuar con diligencia? Esa pregunta es harto importante porque de allí podremos determinar el ámbito de aplicación de dicha doctrina. Ihering (1861) es contundente al decir que el primer paso del contrato es la oferta,

100 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

101 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

pero el deber de diligencia no empieza allí sino hasta que la oferta haya sido aceptada:

> El primer paso hacia el contrato es la oferta. ¿**Empieza por ella la obligación de diligencia in contrahendo? Ciertamente: solo, mientras la oferta no haya sido aceptada, no puede causar ningún daño; si se revoca antes de la aceptación, la reclamación por daños y perjuicios no está justificada, incluso si la otra parte ha sufrido daños como resultado**. Este último es responsable de este daño. Cualquiera que sea lo suficientemente negligente como para actuar con motivo de una oferta en lugar de aceptarla de antemano, para tomar medidas para la ejecución del contrato, luego para contratar con terceros, etc., está en culpa él mismo, porque tuvo la posibilidad de revocando la oferta hasta el momento de su aceptación. Sólo en ese momento tiene derecho a continuar trabajando sobre la base del contrato, ya sea que se haya realizado realmente o sólo en apariencia, y si las medidas que tomó para este fin se llevaron a cabo a tiempo, pero no a tiempo para el conocido retiro de la oferta son frustrados, puede transferir las consecuencias desventajosas al oponente que le pidió a estas acciones. (p. 38).

Detengámonos por un momento a entender este principio porque, así como los otros principios (de que la CIC no está basada en la buena fe y no es participe de la responsabilidad extracontractual), la nueva revelación de Ihering es que la CIC no empieza en la oferta sino en la aceptación de la misma, y si nacen daños en el ínterin, estos daños son auto infligidos, es decir, son provocados por la propia negligencia del comprador.[102]

102 Choi (1990) desarrolla el tema de la negligencia del comprador, y menciona que si una parte podría y debería haberse informado antes de celebrar un contrato, su

Solamente hasta aquí podemos ver que Ihering (1861) no es partícipe de una responsabilidad precontractual, para él no existe responsabilidad precontractual ni extracontractual sino que la responsabilidad es contractual,[103] deviene de la aceptación de una oferta que formaliza un contrato que luego deviene nulo,[104] y genera sus efectos secundarios, como ya lo observamos anteriormente (pp. 37-38).

Más tarde volveremos a este punto cuando Ihering analiza los contratos en masa y unilaterales para reiterar el concepto de que la responsabilidad no es precontractual y si es que existe algún daño, éste es imputable al propio vendedor por su propia negligencia (p. 38). Entonces, pongamos una pausa en este recodo, con la promesa de regresar posteriormente, y retomemos la tarea que Ihering se impuso una vez de haber descubierto que su teoría está basada en la *diligencia in contrahendo* (p. 37).

Ihering ve los casos, como ya lo anticipamos, desde tres perspectivas: capacidad del sujeto, objeto y fiabilidad de la voluntad. (p. 39). Vamos a analizar, a partir de los cuerpos legales ya citados, y cuyas abreviaturas utilizaremos por conveniencia y brevedad, para ver cómo Ihering justifica, según su perspectiva, la aplicación de su teoría en la práctica.

---

error se considera imperdonable. Esto implica que la diligencia es importante para determinar la *culpa in contrahendo* (p. 252). Asimismo, Ferro (1999) sostiene que el comprador promisorio no es necesariamente la "parte débil" en las negociaciones, como suele afirmarse (p. 61).

103 La teoría de Ihering, según Simonsen (1997), de la *culpa in contrahendo* se basa en la idea de que la persona que recibe una promesa debe ser compensada por su pérdida si confió en esa promesa y resultó ser inválida, aunque inicialmente haya basado su teoría en la culpa (p. 305).

104 En el mismo sentido, Gómez Calle (1994) expresa que la CIC gira sobre la responsabilidad por daños cuando un contrato no es completado o es nulo (pp. 27, 140).

1). Habilidad del Sujeto

Por sorprendente que parezca, las citas de Ihering (1861) al Código General de Estados Prusianos (en Adelante ALR)[105] aluden a la condición mental del vendedor concomitante con el dolo y la malicia, en cuanto se refiere a la habilidad del sujeto:

Código General de Estados Prusianos (ALR)[106]	**Cita del ALR**[107]
ALR. I§33	Sin embargo, cualquiera que, después de las debidas averiguaciones, **haya sido inducido a error** por una persona incompetente para celebrar un contrato, puede exigir la indemnización de la propiedad del mismo. (p. 40).
ALR. I §36	El que, consciente de su incompetencia, **haya inducido** a otro a celebrar un contrato, será castigado como estafador. (p. 40).
ALR II 2 §135.	Sin embargo, el obligante que haya sido efectivamente **engañado** por tal deudor, sin culpa suya, podrá reclamar la indemnización de los mismos bienes con arreglo a las disposiciones legales generales. (p. 40).

Por otra parte, las citas del del Código Civil de Austria (ABGB)[108] no son diferentes en su temático tampoco:

105 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

106 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

107 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

108 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

Código Civil de Austria (ABGB)[109]	Texto del ABGB[110]
ABGB §866	Cualquiera que **astutamente** pretenda que es capaz de celebrar contratos y **con ello engañe a otro** que no puede obtener fácilmente información al respecto, está obligado a hacer satisfacción. (p. 40).
ABGB § 248	Un menor que, después de haber cumplido los veinte años, **finge** ser un adulto en una transacción es responsable de todos los daños si la otra parte no pudo indagar sobre la verdad de la simulación antes de concluir la transacción. (p. 40).

Con respecto a las cualidades del objeto, Ihering (1861) trae a colación una cita del ABGB (p. 41):

Código Civil de Austria (ABGB)[111]	Texto del ABGB
ABGB §878.	Lo que no puede ser cumplido, lo que es absolutamente imposible o ilícito, no puede ser objeto de un contrato válido. **Quien engaña a otro** mediante tales promesas, quien le perjudica debido a una ignorancia culpable o se beneficia de su daño, es responsable por ello. (p. 42).

Finalmente, con respecto a los problemas de comunicación de voluntad, las citas al ALR no son menos reveladoras:

109 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

110 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

111 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

Código General de Estados Prusianos (ALR)[112]	Texto del ALR[113]
ALR I 4§79	Si el declarante ha caído en error debido a su propia negligencia grave o **dolosa**, y la otra parte no sabía que el que contrata estaba equivocado, entonces el que contrata está obligado a compensar los daños causados por su propia culpa. (p. 43).

Código Civil de Austria (ABGB)[114]	Texto del ABGB[115]
ABGB§ 869	Quien utiliza expresiones ambiguas o realiza una acción aparente **para perjudicar a otra persona**, debe indemnizar. (p. 43).

Ahora bien, retomamos el hilo conductor de Ihering en su afán de prodigar ejemplos hipotéticos a los artículos de los Códigos Austriaco[116] y de los Estados Prusianos ya reseñado, siguiendo la estructura planteada anteriormente referida al sujeto, al objeto y al mensaje.

A) Incompetencia del sujeto

Ihering (1861) expone que la ley ha impedido por mandado de orden público que ciertas personas puedan celebrar contratos válidos, como el caso de los menores, por ejemplo, o los interdictos, los incapaces, etc. (p. 49) Pone el ejemplo del menor de edad (24 años)

112 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

113 Código General de Estados Prusianos [A.L.R.], edición 1780 de Federico el Grande (Estados Prusianos).

114 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

115 Código Civil General de Austria (ABGB). Publicado del 1 de junio de 1811, en vigencia el 1 de enero de 1812. (Austria).

116 Heldrick (1924) piensa que la teoría de Ihering ha influenciado el derecho austriaco, aunque este tema lo veremos con mayor profundidad en el capítulo II de esta obra (p. 46).

que compra vinos y guarda silencio con respecto a su condición de menor. Ihering (1861) cree que el actio doli es suficiente por cuanto "el dolo reside en el ocultamiento" de su edad (p. 49) Sin embargo, pese a la efectividad del actio doli para respaldar una reclamación de indemnización, él cree encontrar situaciones donde el engaño no es la figura central,[117] aunque él mismo no esté seguro de este aserto:

> Sin embargo, las circunstancias también pueden ser tales que no justifiquen la aceptación de dolus. Tomemos, por ejemplo, el caso en el que el tutor del menor ha estado acostumbrado a aprobar ciertos contratos (por ejemplo, encargos de subastas de libros) y el menor confía en esta aprobación incluso en un caso en el que inesperadamente se le niega. En este caso, la actio de doli no lleva al objetivo, por lo que solo se podría ayudar mediante nuestra acción de indemnización. **Sin embargo, debo admitir que no estoy completamente seguro de si esta última sería efectiva.** (pp. 49-50).

Una de las razones que Ihering (1861) esgrime para fundamentar sus dudas sobre la eficacia de la culpa en la contratación[118] en este tipo de situaciones legales se relaciona con el conflicto de intereses que percibe entre la protección legal de los intereses del menor (objeto de la norma) y la eficacia del presunto negocio que se ve socavado por la imputación de culpa al comprador a quien es considerado responsable de la situación. En otras palabras, la culpa no provendría del del vendedor sino del comprador: "Hubiera correspondido a la

117 Kovac (2019) piensa que la teoría de Ihering se basa en el concepto de CIC que considera responsables a las partes por crear una expectativa de un contrato cuando sabia o debería haber sabido que no se podía realizar o llevar a cabo tal expectativa (pp. 1-8, 16-19).

118 Benatti (2021) equipara la CIC con la culpa o falta en la contratación (p. 179).

otra parte informarse sobre las circunstancias de su contraparte" (Ihering, 1861, p. 49-50). Ihering (1861) duda sobre la eficacia de su teoría en este conflicto, a menos que se enfoque -por ejemplo- en el tema del dolus en el caso del derrochador declarado por un tribunal (engaño, malicia, mala fe (p. 49).

Siguiendo la hipótesis planteada por Ihering (1861), se presenta un caso de un menor de 25 años en una jurisdicción donde la mayoría de edad es inferior, pero el tutor del menor decide no pagar las deudas alegando la minoría de edad. En este escenario, no se podría argumentar dolo, por cuanto el menor nunca tuvo intención de engañar, pero tampoco podría culparse a los compradores que contrataron con él bajo la apariencia falsa, porque tuvieron un error excusable. De modo que la CIC contra esas personas interdictos también fracasa (pp. 49-50).

Ahora bien, teóricamente Ihering (1861) no da su brazo a torcer, fuerza la figura de la contratación de menores y pone otro ejemplo, no menos interesante. El caso del mismo menor que ya aprendió que sus contratos son nulos, y vuelve -a sabiendas- a contratar con otro extranjero para aprovecharse de los beneficios del contrato bajo el conocimiento de la consecuente nulidad del acto derivada de su condición de minoridad. Ihering (1861) piensa que en este caso -si bien tal vez no existe dolo- podría triunfar una acción por CIC (pp. 51-51).

Ante este mare magnum de posibilidades, Ihering (1861) sucumbe a esta tentación, y ante la imposibilidad de dar el triunfo a su teoría,[119] acepta que no todos los casos se pueden resolver de manera unánime y que cada contrato habría que analizarlo de manera individualizada para descubrir su verdadera naturaleza (p. 52). Sin embargo, no

119 Para Simonsen (1997), la teoría de Ihering se basó inicialmente en la responsabilidad por culpa o falta, y la llama "skyldansvar" (p. 252).

puede negar que este tipo de situaciones esté exento de dudas, y concluye que a veces este estudio sería irrelevante puesto que el acto doli podría ser más eficaz:

> Si un menor de edad que ha pedido vino debe reembolsar al vendedor los costos incurridos por el envío y la devolución, su situación sigue siendo mucho mejor que si tuviera que quedarse con el vino. Por lo tanto, me parece que los motivos para la admisibilidad de nuestra demanda contra personas incapacitadas son predominantemente válidos. Sin embargo, admito de buena gana, como mencioné anteriormente, **que el asunto no está exento de dudas**. **Además, no creo que tenga tanta importancia, ya que en la mayoría de los casos el acto de engaño (act. doli) será suficiente.** (p. 52).

Entonces, en situaciones de inhabilidad del sujeto, Ihering (1861) concluye que no es tan fácil la aplicación de la teoría de la CIC, y que muchas veces existe una colisión entre la prohibición de enajenar con menores o incapaces en general y el interés indemnizatorio de los compradores; dejando abierta la posibilidad de su CIC en casos donde el incapaz a sabiendas saca provecho de esta situación, sin embargo, colige que el acto doli es más eficiente.

Como podemos observar en los casos presentados por Ihering (1861) en relación con su teoría y la capacidad del sujeto, nos remite a las conclusiones que extrae de su análisis de las fuentes romanas del Digesto. En este sentido, Ihering sostiene que el estado mental del dolus absorbe a la culpa, aunque él intente distinguir y delimitar la *culpa in contrahendo* de cualquier imputación dolosa. Como veremos en el anexo III, los casos judiciales en la actualidad no solo han terminado por incorporar la culpa dentro del dolo, sino que el deber de diligencia ha sido reemplazado por el deber de negociar de

buena fe, lo cual conlleva la obligación de demostrar el estado mental del vendedor, es decir, la necesidad de probar dicho dolo (mala fe, malicia). Esto borra los límites entre la culpa y el dolo que Ihering intenta desesperadamente mantener.[120]

B) Incompetencia del Objeto[121]

Como Ihering (1861) lo había anticipado, este tipo de casos son concomitantes con transacciones vinculadas a la res extra *commercium*, porque apunta, como ésta, a la calidad de un servicio absolutamente imposible (p. 53).

Para comprender a cabalidad la procedencia del planteamiento de la teoría de la CIC con respecto a este tipo de situaciones, extraemos un par de citas del Digesto (1861) que las hace Ihering en su manuscrito:

Cita del Digesto	Texto
1. 4 quib. ad libitum (40, 13)	Sin embargo, aquel que todavía es esclavo puede ser vendido incluso en contra de su propio consentimiento, **aunque actúa fraudulentamente al ocultar su condición**, ya que tiene el poder de obtener inmediatamente su libertad, pero no se le puede culpar cuando aún no tiene derecho a ser libre. Supongamos que un esclavo, que será libre condicionalmente, se permite ser vendido; nadie dirá que no tiene derecho a exigir su libertad en caso de que se cumpla la condición, que no está en su poder; y, de hecho, pienso que la misma regla se aplicará si estuviera en su poder cumplirla. (Ihering, 1861, p. 54).

120 Por su parte Zuloaga (2019) llama la atención sobre la idea de que la obligación de diligencia nace con la emisión de una oferta (pp. 12-13).

121 Para Simonsen (1997), la teoría de Ihering sobre la *culpa in contrahendo* se basa en tres situaciones: invalidez debido a error, falta de autoridad, e imposibilidad debido a la inexistencia del objeto de venta (p. 190).

Cita del Digesto	Texto
1. 12 de ella. vender. (18.4). El caso del dolo al comprar esperanza se menciona expresamente	Gaius, On the Provincial Edict, Book X. **Sin embargo, esto debería entenderse como aplicable solo cuando una parte no tiene conocimiento de que no tenía derecho a la sucesión que vendió; porque si lo tuviera, sería responsable por fraude.** (Ihering, 1861, p. 57)

Ahora bien, veamos los ejemplos que Ihering (1861) propone para explorar la aplicabilidad de su teoría con respecto a este tipo de situaciones relacionadas al objeto extra commercium.

Cuando Ihering (1861) analiza este tipo de situaciones donde el objeto es físicamente imposible puede ser que en este tipo de situaciones ambas partes ignoren de las fallas o falencias del objeto, o sea, de los vicios ocultos del objeto. Si el comprador adolece de error excusable y el vendedor (que de acuerdo a su obligación de contratar con diligencia) tampoco conoce del defecto del objeto (y de ahí su negligencia o culpa), entonces debe responder por tales defectos. Ihering (1861) lo expone de la siguiente manera:

La existencia de la cosa puede ser concebida como presente o futura. En el caso de la existencia futura, las condiciones para nuestra demanda sólo se cumplen si la imposibilidad de la aparición de la cosa debía ser conocida de antemano por el vendedor, mientras que el comprador, a su vez, estaba en una ignorancia excusable al respecto. Un caso de este tipo es tratado en el 1. 21 pr. de act. emti (19. 1): "Si una esclava estéril, cuyo parto haya ocurrido o sea mayor de cincuenta años, y el comprador lo ignoraba, el vendedor está obligado en virtud del contrato."

Es evidente que el contrato en sí mismo es inválido, por lo tanto, no se puede presentar una demanda basada en

> el interés de cumplimiento, solo puede referirse al interés negativo del contrato, es decir, la *actio empti debido a culpa in contrahendo*. (p. 56).

Entonces, si los contratos sobre objetos imposibles son ineficaces y nulos, y si negligencia del vendedor de un objeto defectuoso podría respaldar el acto empti del vendedor y reclamar una indemnización del daño, parece extraño que nuevamente Ihering (1861) se refiera a que el interés del comprador, en este tipo de situaciones, no debe ser defraudado. Si el dolo está -o debe estar- ausente de la teoría de la CIC para respaldar la acción reivindicatoria del vendedor, resulta irrelevante la alusión al interés del comprador de evitar ser defraudado, porque de lo contrario asumimos que la CIC está tratando de evitar un fraude (dolo) implícito.[122] Ihering (1861) lo expresa así:

> Hasta ahora sabemos, en qué sentido debemos entender lo mismo. Ya sea que el supuesto esclavo, antes de ser entregado al comprador, haya sido reivindicado en libertad, o si esto ocurrió después, **en ambos casos el comprador reclamaba que su interés no había sido defraudado**. (p. 56).

Ihering es consciente de que el fantasma del dolo termina por devorar a la culpa. Se pregunta si el vendedor conocía o debía conocer sobre el estado del objeto defectuoso o imposible. Si no lo conocía entonces debería haberlo conocido (en cuyo caso habría culpa), pero si lo sabía, entonces habría dolo. Pero luego Ihering retrocede y piensa que es casi imposible que el vendedor no supiera el estado defectuoso del producto, con lo cual llegaría el punto de partida del dolo, tal cual sus propias fuentes romanas lo concibieron:

122 Mommsen (1879) piensa que la teoría de Ihering se basa en la idea de que la regla de que la "lata culpa" es igual al "dolus" en términos de sus efectos sólo se aplica a las relaciones contractuales (p. 159).

> La inexistencia de cosas que se suponen existentes por ambas partes puede tener su origen en que nunca existieron o que ya han desaparecido. **En el último caso, el promitente puede haber conocido o no esta circunstancia. Si lo hizo, actuó con dolo** y es responsable según los principios conocidos. En este punto, parece que según las fuentes, se excluye cualquier responsabilidad, ya que se limitan a señalar que el contrato es nulo sin mencionar la posibilidad de una posible *culpa in contrahendo*. Sin embargo, si en sí misma existe tal culpa, este silencio no impediría la aplicación de nuestra teoría, al igual que en el caso del error esencial. **Por lo general, es poco probable que se le pueda reprochar al promitente su falta de conocimiento**, y esto es lo que tienen en cuenta las fuentes. (p. 57).

Sin embargo, pese a que Ihering llega a estas conclusiones reveladoras, propone algunos ejemplos con el afán de salvar la teoría de la culpa. Es el caso de un comprador que alquila un barco que se encuentra en viaje marítimo ignorando que en ese momento se había hundido, pero ignoraba su naufragio. El vendedor debería conocer de este suceso, por lo que sería responsable de la nulidad de este contrato y del aumento de fletes debido a un posible evento político (p. 57). Otro ejemplo propuesto de objeto inexistente, es cuando en una subasta un anticuario ofrece "su ejemplar" del objeto rematado por el mismo precio, ignorando que ese ejemplar ya había sido vendido por sus asistentes, en cuyo caso sería responsable si el comprador perdió la oportunidad de comprar el objeto deseado en la subasta, e incurrió en gastos adicionales al comprarlo de otro anticuario (pp. 57-58).

Sin embargo, pese a que Ihering expone estos dos ejemplos que pretenden deslindarse del dolo, Ihering (1861) piensa que en realidad

esta CIC por parte del vendedor que ignoraba el defecto del objeto inexistente no debería vincularse con el estado mental del vendedor porque es irrelevante, es decir, si el objeto no existía, ¿qué relevancia tendría analizar si el vendedor lo ignoraba para respaldar así la *acto empti* (acción reivindicatoria) del comprador? Ihering lo expresa de la siguiente forma:

> Que en este caso, de hecho, se vende un objeto que no existe se vuelve aún más claro si consideramos el caso en el que **el vendedor nunca había poseído el objeto**. **La intención de ambas partes aquí no estaba simplemente dirigida a la entrega de un ejemplar en sí, sino que implícitamente estaba condicionada por la suposición de que el vendedor poseía uno**. Así como un legado de una suma de dinero específicamente designada es nulo debido a la falta del objeto si el testador nunca hizo el dinero o lo rompió y lo gastó más tarde, pero no puede convertirse en un legado de una suma de dinero igualmente alta, de la misma manera, la venta de un objeto individualmente determinado y condicionado por la presencia de elementos determinantes no puede ser transferida a la venta de un objeto abstracto. "Mi ejemplar" es igual a "si poseo uno". (p. 58).

Entonces, ¿cuál sería la utilidad de la CIC si en los casos planteados anteriormente la culpa es absorbida por el dolo porque implícitamente se estima improbable que el vendedor ignorase la inexistencia del objeto, pero que, si efectivamente la ignora, tal culpa resulta absorbida a su vez por la inexistencia del objeto que hace nulo el contrato? ¿no estamos ante una *contradictio in adjecto*?

Ihering responde a estas preguntas extendiendo su análisis a casos donde el objeto es un derecho:

> ¿Se aplican los mismos principios cuando el objeto de la venta no es sólo una cosa, sino también un derecho? Si este fuera el caso, cualquier persona que no posea realmente el derecho que prometió transferir, como una superficie, enfiteusis, herencia o crédito, podría simplemente basarse en la imposibilidad de la prestación debido a la inexistencia del objeto. Sin embargo, con la misma lógica, también podría hacerlo el vendedor de una cosa que cree ser de su propiedad, ya que su supuesta propiedad tampoco existe. **Aquí, la diferencia entre la imposibilidad subjetiva y objetiva toma una forma ligeramente diferente. La última está presente cuando el derecho establecido como existente, o su transferencia en teoría, es imposible no sólo para este vendedor, sino para cualquier persona. En este caso, el contrato es nulo y, por lo tanto, hay espacio para nuestra demanda.** Esto incluye la imposibilidad del derecho, como la venta de la herencia de una persona viva o (según el antiguo derecho romano) la venta de la herencia de un hijo de familia, la venta de boletos de lotería después del sorteo, de derechos de ban, privilegios, etc., en un país donde hayan sido abolidos; y la imposibilidad de la transferencia, como la venta de una servidumbre predial existente o el derecho de uso. Sin embargo, en los últimos dos casos, y si el comprador era un nacional y, por lo tanto, debía conocer la ley, nuestra demanda estaría excluida por error de derecho por parte del comprador. (pp. 58-59).

Ahora bien, una vez visto este asunto de los objetos extra commercium e imposibles, sigamos nuestro análisis del tercer elemento de los casos planteado por Ihering referidos a los problemas en la transmisión del mensaje, o sea de la voluntad del comprador.

C) La Inconsistencia de la voluntad contractual

Bajo este rubro Ihering analiza un sinnúmero de combinaciones y casos referidos a problemas con la efectividad de la comunicación de la voluntad, hasta situaciones de errores[123] esenciales que pasaremos a analizar.

Básicamente lo que le interesa a Ihering (1861) es que la voluntad y su manifestación no estén en discordia (p. 60), de lo contrario la falta de diligencia[124] del vendedor en la expresión de su voluntad genera su obligación de indemnización (p. 61).

1) Inconsistencia en la declaración: figuras hipotéticas

Ihering inicia su análisis al referirse a casos de simulación en los que se induce a una tercera persona a creer en la existencia de un inexistente negocio, en cuyo caso considera que la acción de dolo podría solucionar este problema (p. 62).

Ihering (1861) cree que la discrepancia intencional entre lo querido y lo expresado no es un buen fundamento de respaldo a su teoría (p. 63) y entonces dirige su atención a la figura de la discrepancia no intencional, que es básicamente la figura del error esencial que es una causal de nulidad. Los ejemplos que nos trae los podemos citar: el caso de un director de teatro que se equivoca al contratar a una cantante y contrata a la hermana, la misma que al descubrir el error tendría derecho a que se le indemnice por gastos de viaje y otros daños (p. 63).

123 En el tema del error en la teoría de Ihering, Kausmanns (1966) considera que la teoría de Ihering sobre la CIC se basa en la idea de que, si una de las partes comete un error en la negociación de un contrato y causa daño a la otra parte, la parte que cometió el error debe ser considerada responsable de los daños (pp. 60-61).

124 Por su parte Mielke (1963) piensa que la teoría de Ihering de CIC se basa en la idea de que, si alguien tiene culpa al entrar en un contrato, debería ser considerado responsable de los daños (pp. 17-18).

Ihering (1861) expone múltiples ejemplos de situaciones donde existe un error esencial,[125] no solamente por errores referidos a discrepancias de peso, o de monedas o descripción del objeto querido (pp. 62-67), sino situaciones donde la culpa no solamente es imputable a una parte (típicamente al vendedor), sino también a la otra parte (al comprador), es decir, la negligencia no solamente viene de una parte sino de ambas, como en los casos de malentendidos causados por la falta de conocimiento de un idioma extranjero o términos técnicos, la culpa se imputaría a la parte negligente que ocasiona el error: "Por lo tanto, el contrato es nulo, pero la parte que, debido a su falta de claridad, provocó el malentendido, es responsable por la *culpa en la contratación*" (Ihering, 1861, pp. 66-67).

Incluso, en ciertas situaciones, dice Ihering (1861) la parte responsable resulta siendo aquella que -de acuerdo a los usos y costumbres entre un par de mercaderes- utilizan un peso o una medida que no corresponde al uso habitual de estos comerciantes: "Sin embargo, considero necesario recordar aquí la exigencia de buena fe por parte de la otra parte. Incluso en los casos tratados hasta ahora, las circunstancias podrían ser tales que llevaran al demandante a pensar en un error por parte de la otra parte" (p. 69).

Asimismo, el error puede consistir también en usar medios técnicos, como el telégrafo, ante cuya situación la responsabilidad recae -en caso de errores del mensajero o el instrumento técnico- en la parte que utiliza estos medios "engañosos" (p. 70), ya que asumió este riesgo implícito bajo su propia cuenta y riesgo (p. 70-71).

Es decir, lo que trata Ihering (1861) es de complementar su teoría con las leyes propias de la teoría del error esencial, de modo que la

125 Según Drexler (1998), la teoría de Ihering se basa en la idea de que una de las partes debe ser responsable ante la otra por el interés negativo en casos donde hay un error en el contrato, un representante sin autoridad, o un vendedor de un artículo inexistente (p. 64-66).

CIC se convierte en un complemento de la teoría del error esencial: "Aunque es apropiado que la ley reconozca el error sustancial como motivo de nulidad, esta forma de tratamiento requiere complementar nuestra demanda" (p. 63).

En efecto, el Digesto ya tiene sus propias reglas con respecto a la teoría del error esencial como causal de nulidad del contrato.[126] Por ejemplo, en la siguiente cita del Digesto comprobamos que el error que es esencial genera la nulidad del contrato:

Cita del Digesto[127]	**Texto del Digesto**[128]
9§1 (18.1)	(1) Si estamos en desacuerdo con respecto al nombre, pero no hay disputa en cuanto al objeto, la transacción de compra y venta es indudablemente válida; pues un error en el nombre no tiene consecuencia alguna cuando la propiedad misma está acordada.
9§2 (18.2)	(2) Por lo tanto, surge la pregunta cuando no se comete un error en cuanto al objeto en sí, **pero sí en cuanto a la sustancia de la cual está compuesto**; por ejemplo, si se vende vinagre en lugar de vino, cobre en lugar de oro, o plomo en lugar de plata, o algo similar a la plata, si hay una compra y venta. Marcellus dice, en el Libro Sexto del Digesto, que en este caso hay una compra y venta, porque el objeto fue acordado, aunque hubo un error en cuanto a la materia de la cual estaba compuesto. Estoy de acuerdo con la misma opinión en lo que respecta al vino y el vinagre; ya que son cosas muy similares, es decir, la misma sustancia, siempre y cuando el vino se vuelva agrio. **Sin embargo, si el vino no se vuelve agrio sino que ya lo estaba desde el principio, es decir, si contenía vinagre, se considerará que se ha vendido una cosa por otra.** En los otros casos, sin embargo, creo que **la venta sería nula, cuando se comete un error en cuanto a la sustancia de la cual estaban compuestos los artículos**.

126 Para Keller (1997), los daños se derivan de casos de contratos incompletos o inválidos (p. 229). En la misma línea de pensamiento, Haftung (1962) considera que la teoría de Ihering gira en torno al concepto de responsabilidad por daños en casos donde un contrato es nulo o no se completa (pp. 12-13).

127 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

128 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

Cita del Digesto[127]	Texto del Digesto[128]
11§parr-1 (18.1)	Ulpiano, En Sabinus, Libro XXVIII. De lo contrario, ¿qué podemos decir cuando el comprador es ciego, o cuando se comete **un error en la sustancia**, o cuando el comprador no tiene conocimientos para detectar la naturaleza de las sustancias? ¿Debemos considerar que las partes han acordado en relación a la propiedad? Y ¿cómo puede alguien acordar algo que no ha visto? (1) Si pienso que estoy comprando una esclava virgen, pero en realidad es una mujer, la compra será válida; ya que no hay error en cuanto a su sexo. Sin embargo, si yo te vendiera una mujer y tú pensaras que estabas comprando un niño, debido a que hay un error en el sexo, **la compra y venta serán nulas**.
14 §parr. (18.1)	Ulpiano, En Sabinus, Libro XXVIII. Pero, ¿qué diremos cuando ambas partes se equivocan tanto en la sustancia como en la naturaleza del objeto de la venta? Por ejemplo, cuando yo creo que estoy vendiendo oro y tú crees que estás comprando oro, pero en realidad el metal es latón; o cuando, por ejemplo, dos coherederos venden una pulsera que se dice ser de oro a otro coheredero a un precio elevado, y se descubre que en su mayoría es cobre. Se sostiene que esto es una venta, porque la pulsera contenía algo de oro; si el artículo está dorado, aunque yo crea que es oro, la venta será válida, **pero si se vende cobre como si fuera oro, la venta no será válida**.
15§parr (18.1)	Aunque las partes puedan estar de acuerdo respecto al artículo que es objeto de la venta, si, de acuerdo con el curso natural, dicho artículo **deja de existir** antes de que se concluya la venta, **la compra será nula**.
14§3 (18. 2)	(3) Sin embargo, si un pupilo adquiere un bien a un precio más alto sin la autorización de su tutor, si el vendedor acepta su oferta, **la primera compra será anulada**; y la misma regla se aplica en el caso de un esclavo que pertenece a otra persona. **Sin embargo, sería diferente si el vendedor, por error**, adjudica el bien a su propio esclavo, o a su hijo que está bajo su control, o al propietario del bien mismo, porque en tales circunstancias no puede haber venta. Por otro lado, si adjudicara el bien al esclavo de otro al que creía ser libre, **sería responsable**; y el caso sería similar al de un deudor insolvente.

Ahora bien, el Digesto también trae, como dice Ihering (1861) indicios de la respuesta legal ante situaciones de nulidad del contrato:

"En el derecho romano no se encuentra una afirmación directa sobre nuestra pregunta, pero al menos ofrece ciertos indicios" (pp. 70-71).

De esta manera, examinemos los indicios de las fuentes romanas que complementan la teoría de la CIC en relación a la respuesta legal frente a la nulidad del contrato y la consiguiente cuestión sobre la extensión de la compensación por daños y perjuicios para la parte inocente.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
9§parr (18.6)	Si, después de la inspección de un terreno y antes de celebrar el contrato de venta, los árboles de dicho terreno son derribados por la fuerza del viento, surge la pregunta de si también deben ser entregados al comprador. La respuesta es que no, porque él no los compró, ya que antes de adquirir el terreno dejaron de formar parte de él. Sin embargo, si el comprador no estaba al tanto de que los árboles habían sido derribados, **pero el vendedor lo sabía y no lo informó, será responsable de los daños** en la cantidad equivalente al interés del comprador, **siempre y cuando se haya llevado a cabo la venta**.
35§8 (18.1)	(8) Si alguien, al vender un terreno, oculta el nombre de su vecino al comprador, y este último, al enterarse de ello, decide no adquirir la propiedad, consideramos que **el vendedor será responsable**.
45§ parr (18.1)	Labeo establece en el Libro de Casos Recientes que, cuando alguien compra ropa renovada como nueva, según Trebatius, si el comprador adquirió la ropa renovada sin saberlo, se considera que el vendedor debe indemnizarlo en la medida de su interés. Pomponius también está de acuerdo con esta opinión, y Julianus coincide, ya que afirma que si el vendedor desconocía que la ropa no era nueva, solo será responsable por el valor de la propiedad en sí, pero si era consciente de ello, también será responsable por los daños sufridos por el comprador por ese motivo, de la misma manera que si hubiera vendido ignorando que un jarrón estaba bañado en oro en lugar de ser sólido, ya que deberá compensar el oro que vendió.

Como vemos, los cimientos de la teoría del error esencial como generador de la nulidad están planteados en los textos romanos, de los cuales Ihering (1861) pretende complementarlos (p. 63) al considerarlos como indicios de su planteamiento (p. 70-71).

En efecto, la teoría del deber de contratar con diligencia está también planteado en el Digesto 2§1(18.6):

> (1) Además, veamos de qué manera el vendedor debe cuidar del vino antes de que llegue el momento acordado para medirlo; ¿debe ejercer diligencia exacta u ordinaria, o solo es responsable en caso de fraude? Creo que el vendedor debe ejercer simplemente una diligencia ordinaria y se encuentra excusado en caso de accidentes inevitables o en situaciones de fuerza mayor.

De esta manera la teoría de Ihering (1861), con respecto a los casos de incompatibilidad de la voluntad se convierte en un complemento de la teoría del error esencial, cuyos cimientos los encontramos en las fuentes romanas.

2) La falta de fiabilidad de la voluntad misma

a) Retractación de la oferta al concluir el contrato en ausencia.

En este subgrupo de casos Ihering (1861) nos presenta situaciones de agencia, mandato y representación, sobre todo aquellos casos donde, por ejemplo, un principal tiene muchos agentes, pero olvida revocar el mandato a alguno de ellos con la consecuente responsabilidad frente a terceros (pp. 71-72).

Como es de costumbre, Ihering (1861) recurre a las fuentes romanas, en este caso recurre al Digesto 1.11 § 5 de inst. Acto. (14.3),[129] que lo veremos a continuación:

> Cualquier condición en la que dependiera el nombramiento también debe ser considerada, ya que ¿qué se debe hacer si la parte desea que se realicen negocios con ella bajo

129 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

> una cierta condición, o a través de la intervención de una determinada persona, o bajo una garantía, o en relación a un asunto específico? Es completamente justo que se tenga en cuenta para qué fue designada la parte. Del mismo modo, si el principal tiene varios agentes y desea que se realicen contratos con todos ellos a la vez, o sólo con uno; y si advierte a alguien que no haga un contrato con él, no deberá ser responsable de la Acción Institora, ya que podemos prohibir a una determinada persona o a una cierta clase de hombres o comerciantes que realicen un contrato, o podemos permitir que ciertas personas lo hagan. Pero cuando el principal ha prohibido que se haga un contrato, a veces con un hombre y otras veces con otro, siendo los cambios continuos, la acción deberá ser otorgada a todos ellos en su contra, **ya que las partes que realizan contratos no deben ser engañadas**. (p. 72).

Antes de seguir el análisis de este subgrupo de casos propuesto por Ihering (1861) nuevamente reproducimos la observación manifestada con respecto a los casos atinentes a la habilidad del sujeto y hasta del objeto, en el sentido de que el *acto empti* a veces se mezclaba con el acto doli, situación que Ihering (1861) trataba de delimitar.[130] Este conflicto se reproduce en la cita que acabamos de reseñar. Si de lo que se trata es de prevenir a terceros para que entren en una relación contractual con el principal a través de un grupo de agentes, cuanto no todos ellos resultan desautorizados. Se entiende que el objetivo es evitar la responsabilidad civil del principal en el sentido de evitar que sea responsable de los daños y perjuicios que

130 Para Hehli (2008), la teoría de Ihering se basa en la idea de que debería existir una responsabilidad especial por la "culpa en la conclusión del contrato" (*culpa in contrahendo*), con el fin de sancionar las violaciones al deber de actuar de buena fe durante las negociaciones contractuales (p. 135).

esa falta de comunicación (falta de diligencia, diríamos, utilizando el lenguaje de Ihering) provoque en los terceros ignorantes de esa revocación.

Sin embargo, resulta desconcertante que el Digesto utilice una expresión reservada para figuras derivadas del dolo, como "ya que las partes que realizan contratos no deben ser engañadas", si el objetivo es prevenir las graves consecuencias basadas en la culpa del principal. Con esta frase del Digesto, los límites entre la culpa y el dolo resultan una vez más borrosos y confusos.

En este sentido, permítasenos hacer una pequeña digresión para incursionar en los trebejos del Digesto y comprobar este aserto[131] (de que la culpa se desdibuja con el dolo) a la luz de este subgrupo de casos.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
1.1§5 (14.3)	Consideramos al capitán de un barco no sólo a la persona designada por el propietario, sino también a aquel que haya sido designado por otro capitán. Julianus, consultado sobre este asunto, dio esta opinión en un caso en el que el propietario desconocía el nombramiento. Sin embargo, si el propietario tiene conocimiento del nombramiento y permite que la persona designada desempeñe las funciones de capitán del barco, se considera que él mismo lo ha designado. **Esta opinión me parece razonable, ya que aquél que lo designó debe ser responsable de todos los actos del capitán; de lo contrario, las partes contratantes serían engañadas.** Además, esta consideración debe ser admitida más fácilmente en beneficio del bienestar público en el caso de un capitán que en el caso de otro agente. Ahora bien, ¿qué sucede si el propietario designó al capitán de tal manera que éste no tenga permitido nombrar a otra persona? ¿Debemos admitir la opinión de Julianus en este caso? Supongamos que expresamente le prohíbe lo siguiente: "No puedes emplear a Ticio como capitán". Sin embargo, se debe afirmar que el bienestar de aquéllos que utilizan barcos exige que esta regla se aplique hasta este punto.

131 Cabe aclarar que Ihering interpretó los textos del Digesto usando un método deductivo, así lo expone Keller (1997, p. 61).

Cita del Digesto	Texto del Digesto
4§5 (14.5)	(5) Cuando una parte presenta una demanda sobre el peculio cuando podría haber interpuesto una acción basada en una autorización expresa, se encuentra en la posición de no poder posteriormente interponer una acción basada en una autoridad especial otorgada; y esta es la opinión de Proculus. **Pero si el demandante, habiendo sido engañado, presenta la acción "De peculio", Celso piensa que tiene derecho a remedio, y esta opinión es razonable**.
3§parr (14.6)	**Cuando alguien cree que una persona es el jefe de una familia, sin haber sido engañado por una vanidad absurda o ignorancia de la ley, sino porque era considerado públicamente por la mayoría de las personas como tal**, y actuaba, realizaba contratos y desempeñaba los deberes de los cargos como el jefe del hogar, el Decreto del Senado no será aplicable.

En cuanto a los casos presentados por Ihering (1861) sobre la revocación de una oferta antes de su aceptación (pp. 71-72), se rigen por la teoría de la oferta. Por otro lado, los casos de error esencial relacionados con incompatibilidades entre cantidades o medidas, como miles vs. millones, libras vs. quintales, etc. (p. 72), ya se han estudiado en el epígrafe anterior.

b) Cambio de voluntad en la celebración de contratos a través de intermediarios

Ihering (1861) propone en este rubro de casos la situación donde un tercero contrata con un intermediario (agente, mandatario, representante, sustituto) y no exista una congruencia fidedigna entre la orden del mandante y el mensaje transmitido al momento de la ejecución (pp. 74-75).

Cita del Digesto	Texto del Digesto
31§parr (17.1)	Si confío la gestión de mis negocios a una persona que me debe una acción por daños cuádruples (dentro de un año), y después de transcurrido el año, solo por daños simples; aunque inicie una demanda en su contra por mandato después de que haya transcurrido el año, estará obligado a pagarme daños cuádruples; **porque una persona que asume la gestión de los negocios de otro está obligada a pagarle lo que estaría obligado a pagar a terceros**.
8§10 (17.1)	Por lo tanto, si te he ordenado que compres un esclavo y lo haces, serás responsable de entregarlo. Pero si **fraudulentamente** no lo compraste (o tal vez, habiendo recibido dinero para ese propósito, lo diste a otro para que realizara la compra) o si **cometiste una negligencia grave** (por ejemplo, si, por favoritismo, permitiste que otro lo comprara), **serás responsable**. Sin embargo, si el esclavo que compraste se escapa, serás responsable **si esto ocurrió debido a tu mala fe**. **Pero si no hubo ni mala fe ni negligencia**, **no serás responsable**, excepto en la medida en que debas garantizar la entrega del esclavo si vuelve a estar bajo tu poder. Pero si lo entregas, debes entregármelo a mí. Y si se proporciona garantía contra su recuperación por evicción, o si tienes derecho a solicitar que se te proporcione garantía, creo que será suficiente si me cedes este derecho de acción, de modo que pueda actuar como tu agente en mis propios asuntos, **y no estarás obligado a resarcir más de lo que realmente obtendrás**.
22§11 (17.1)	Sin embargo, al igual que uno es libre de no aceptar un mandato, si se acepta debe ser ejecutado, a menos que sea revocado. Además, puede ser revocado de tal manera que se reserve intacto el derecho de la parte que otorga el mandato para disponer convenientemente del asunto, ya sea por sí misma o por otra persona; o cuando aquel que se comprometió a cumplir el mandato podría ser aprovechado. Y si la persona a quien se le dio el mandato de comprar algo no lo hace, y no declara que no lo comprará, **será responsable de su propia negligencia y no de la de otro; y está establecido que será responsable en una acción de mandato.** Además, será responsable (como también ha dicho Mela) si revoca fraudulentamente el mandato en un momento en que no podría hacer la compra adecuadamente.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
29§parr. (17.1)	Cuando se presenta una demanda contra un fiador y él, sin saber que el dinero no ha sido entregado efectivamente al deudor, realiza un pago en virtud de su fianza, surge la pregunta de si puede recuperar la cantidad que ha pagado en una acción de mandato. Si, de hecho, teniendo conocimiento de los hechos, omite presentar una excepción por fraude o porque el dinero no fue pagado, **se considerará que ha participado en el fraude, ya que una negligencia grave se asemeja casi al fraude**. Sin embargo, **si desconocía los hechos, no se le puede atribuir ninguna responsabilidad**. Sobre el mismo principio, si un deudor tiene derecho a una excepción, por ejemplo, por un acuerdo u otra razón, y él, sin saber esto, no hace uso de esta excepción, se puede afirmar que tendrá derecho a una acción de mandato, ya que el deudor principal podría haber advertido a su fiador y debería haberlo hecho para evitar que pagara ignorando que no estaba obligado a hacerlo.
23§1 (17.2)	En relación a la pregunta de si las ganancias obtenidas por la admisión del socio pueden compensarse con una **pérdida causada por su negligencia**, la respuesta dada, que indica que deberían compensarse, es incorrecta. Marcellus establece en el Libro Sexto del Digesto que si el esclavo de uno de los socios, habiendo sido puesto a cargo de los asuntos de la sociedad por su amo, **los lleva de manera negligente, aquel que lo puso a cargo debe indemnizar la pérdida sufrida por la sociedad**; y no se pueden compensar las ganancias que puedan haberse obtenido a través del esclavo con la pérdida. Además, el emperador Marco Aurelio decidió que un socio no puede decirle a otro: "Renuncia a las ganancias que han surgido gracias a tu esclavo si deseas ser indemnizado por la pérdida."
25§parr (17.2)	**Un socio sigue siendo responsable de cualquier pérdida sufrida por sus compañeros de sociedad debido a su negligencia**, incluso si el valor de los bienes de la sociedad ha aumentado en muchas otras formas gracias a su diligencia. El emperador Antonino dictó esta decisión en un caso que fue presentado ante él en apelación.
26§parr (17.2)	Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXI. Y, por lo tanto, si un socio lleva a cabo negocios relacionados con la sociedad **de manera negligente**, pero en muchos aspectos beneficia económicamente a la sociedad, las ganancias no se compensarán con la negligencia, como afirmó Marcellus en el Libro Sexto del Digesto.
17§2 (17.2)	En la formación de una sociedad, no se obtiene nada con que el socio otorgue garantía para no retirarse; **ya que una retirada intempestiva genera responsabilidad por daños por ley,** en una acción relacionada con la sociedad.

Cita del Digesto	Texto del Digesto
47§1 (17.2)	Cuando un **socio ha causado daño a la propiedad** en común, Celsus, Juliano y Pomponio sostienen que será responsable bajo la Lex Aquilia.
52§2 (17.2)	Surge la pregunta de si un socio sólo es responsable por fraude, o si también es responsable por negligencia. Celsus afirma en el Séptimo Libro de los Digestos que los socios son responsables entre sí **tanto por negligencia como por fraude**. Y dice que si, al formar una sociedad, uno de ellos prometió aportar su habilidad y trabajo, como, por ejemplo, cuando un rebaño se mantiene en común y se debe pastorear; o si le damos un campo a un socio para que lo mejore y se recojan las cosechas en común, **en este caso seguramente será responsable por negligencia, ya que la consideración es el valor de su trabajo y habilidad. Cuando un socio daña la propiedad común, se sostiene que también es responsable por negligencia**.
52§3 (17.2)	Los socios no son responsables de los accidentes imprevistos, es decir, aquellos que son inevitables. Por lo tanto, si un rebaño, después de haber sido valuado, es entregado a un socio y se pierde debido a un ataque de ladrones o un incendio**, la pérdida debe ser compartida en común, si no hay fraude o negligencia por parte del socio que recibió el mencionado rebaño después de su valuación**. **Sin embargo, si fue robado por ladrones, la pérdida debe ser soportada por el socio a quien se le confió, porque aquel que recibió el rebaño después de su valuación estaba obligado a cuidarlo**. Estas opiniones son correctas, y se puede entablar una acción de sociedad, siempre que el rebaño, aunque haya sido valuado, haya sido entregado para pastar con la intención de formar una sociedad.
52§4 (17.2)	Dos partes formaron una sociedad en el negocio de fabricación de capas para soldados. Uno de ellos, habiendo emprendido un viaje con el propósito de comprar materiales, cayó entre ladrones y le quitaron su dinero, sus esclavos resultaron heridos y perdió su propiedad privada. Julianus dice que la pérdida debe ser soportada en común, y por lo tanto, el socio tendrá derecho a una acción de sociedad por la mitad de la pérdida, no solo del dinero, sino también de los demás bienes que el socio no llevó consigo, a menos que haya realizado el viaje con el propósito de comprar mercancía en nombre de la sociedad. Julianus sostiene acertadamente que, si se incurrió en algún gasto médico, el otro socio es responsable de su parte. **Por lo tanto, si se pierde propiedad por naufragio y había mercancía involucrada que no es habitual transportar por barco, ambas partes deben soportar la pérdida; tanto ella como las ganancias deben dividirse en común cuando no ocurre debido a la negligencia de un socio.**

Cita del Digesto	Texto del Digesto
52§11 (17.2)	Cuando las personas forman una sociedad con el fin de comprar algo y luego la propiedad **no se adquiere debido al fraude o negligencia de uno de ellos, se establece que procede una acción de sociedad**. Está claro que, si se agrega esta condición, a saber, "Si la propiedad se vende dentro de un cierto tiempo", y el período pasa sin que el socio sea culpable de negligencia, no se puede presentar la acción de sociedad.
63§7 (17.2)	Se considera que cualquier persona puede efectuar un pago si ha cometido un acto fraudulento para evitar hacerlo, **ya que no es justo que alguien se beneficie de su propio fraude.** Esto debe entenderse aplicable a todos aquellos contra quienes se entabla una demanda en la medida de sus recursos. Sin embargo, **si una parte no puede realizar el pago, no debido al fraude, sino a su propia negligencia, se debe sostener que no se debe dictar sentencia en su contra.**
72§parr (17.2)	Un socio es responsable ante otro **por negligencia, es decir, por no actuar y por falta de diligencia.** En este caso, la negligencia no se entiende como la falta de la máxima diligencia, ya que es suficiente que emplee la misma diligencia en los asuntos de la sociedad como está acostumbrado a hacer en los suyos propios; porque cuando alguien elige a un socio que muestra muy poca diligencia, solo tiene a sí mismo que culpar.
3§3 (17.2)	Cuando una sociedad se contrae fraudulentamente o con el propósito de cometer fraude, es nula por ley, **porque la buena fe se opone al fraude y al engaño.**

Estas citas del Digesto no hacen sino reiterar el aserto inicial de Ihering (1861) en el sentido de que su teoría tiende a constituir un complemento de las fuentes romanas (p. 63). Bajo este punto de análisis vemos que la negligencia[132] (que es el incumplimiento del deber de actuar de manera diligente) no es lo mismo que el fraude o la mala fe o la malicia.

Efectivamente, las fuentes romanas distinguen claramente entre negligencia y fraude, pero equiparan la negligencia grave con

132 En este sentido, Ferro (1999) aclara que La teoría de Ihering se basa en el principio de que la diligencia de un buen padre debe aplicarse al comportamiento de las partes durante la formación de un contrato (p. 77).

el fraude (8§10 (17.1)). Sin embargo, el fraude se equipara con la mala fe o el engaño (3§3 (17.2)), ya que la buena fe se opone al fraude y al engaño. No obstante, más adelante veremos cómo la doctrina se ha alejado de este planteamiento original al abandonar el deber de actuar diligentemente (72§parr (17.2)) y adoptar el deber de actuar de buena fe (lo cual contradice el pensamiento de Ihering, 1861, p. 31). Esto ha exacerbado las contradicciones inherentes a la teoría, difuminando los límites entre la culpa y el dolo. En el anexo III, veremos cómo la buena fe se presume, por lo que la acción basada en la CIC debe demostrar la falta de buena fe, es decir, demostrar la mala fe, lo cual nos lleva al ámbito del dolo y nos aleja del ámbito de la culpa. Esta contradicción, que Ihering intentaba evitar,[133] se ha consolidado tanto en la doctrina, la legislación como en la jurisprudencia, al punto de que la CIC se asemeja a la figura de "*misrepresentation*" en el common law.[134]

c) Muerte del oferente antes de la aceptación en la celebración de contratos a distancia.

Con respecto a este subgrupo de casos,[135] Ihering (1861) cree encontrar la solución a un problema casi insalvable referente a la muerte del oferente en casos de aceptación *post mortem*:

> Si el obligado acepta sin conocer la muerte del oferente y cree que el contrato se ha celebrado y lo ejecuta en consecuencia, la equidad más grande respalda nuevamente la indemnización por el daño causado. Pero ¿cómo justificar la reclamación? En su favor, todas las condiciones necesarias están presentes, pero ¿cómo se puede atribuir culpa a la otra parte? ¡No se puede considerar la muerte

133 Para Meliger (1898), Ihering basa su teoría en la buena fe en el derecho contractual (pp. 18-21).

134 La figura del *misrepresentation* lo veremos en el Capítulo III de este trabajo.

135 La teoría de Ihering, nos dice Liemann (1932), se basa en tres grupos de disposiciones legales: aquellas relativas a conductas ilícitas, disposiciones especiales para contratos válidos y disposiciones especiales para contratos inválidos (p. 12).

> como culpa! Debo admitir que mi teoría se encuentra con un obstáculo insuperable en este punto, sobre el cual no puedo superar sin un esfuerzo considerable. Negar la demanda de indemnización en esta situación contradice mi sentido de justicia de manera enfática, y prefiero creer que he cometido algún error desconocido en la construcción de mi teoría en lugar de excluir la demanda en este caso. Pero si se permite la demanda, no queda más opción que atribuir la culpa de la siguiente manera.
>
> Si se hubiera contratado en persona, la muerte no habría podido tener ese efecto perjudicial. Si una persona ausente desea contratar, para asegurarse contra esa influencia perjudicial para la otra parte, debe haberse acercado personalmente a ella; si no lo hace y en cambio elige el camino más fácil de comunicación a través de una carta o una tercera persona, está sustituyendo, en interés de su comodidad, una forma que expone al oponente al peligro mencionado. Por lo tanto, la culpa radica en el hecho de que, en lugar de elegir el medio seguro de comunicación oral personal, opta por uno inseguro que pone en riesgo a la otra parte contratante. (pp. 76-77).

Ahora bien, veamos cómo las fuentes romanas habrían resuelto este problema:

Cita del Digesto	Texto del Digesto
26§ parr. (17.1)	La muerte de la persona que otorga el mandato se incluye entre las causas de negligencia para cumplir con él, **ya que un mandato termina con la muerte.** Sin embargo, si es ejecutado por una parte que desconoce este hecho, se sostiene que la acción será admisible por conveniencia. **Julián también afirmó que un mandato se terminaba con la muerte de la persona que lo otorgaba, pero que la obligación derivada del mismo a veces continuaba existiendo.**

Como vemos, el texto romano ya tenía una base legal para solucionar el problema de la muerte del mandante, y los efectos del mandato post mortem, y lo que es más importante, los efectos indemnizatorios para los terceros, fundado en la conveniencia. Un aspecto interesante de resaltar es que el texto romano considera la muerte del mandante como un acto de negligencia, mientras que Ihering (1861) cree que la negligencia radica en el uso de un medio riesgoso como es la carta o el intermediario (pp. 76-77).

No estimamos que este tipo de casos merezca mayor comentario. Ahora bien, vamos a retomar el tema que dejamos pendiente anteriormente relacionado con los contratos unilaterales y las promesas u ofertas p u ofertas públicas.

d) Desistimiento de una oferta pública

En cuanto a este tipo de casos, Ihering (1861) se pregunta sobre la posibilidad y eficacia de la revocatoria de una oferta hecha al público cuando un tercero haya realizado actos preparatorios tendentes a su aceptación, considerando que cualquier daño[136] que resulte de esto pasos preparatorios son responsabilidad de la parte que haya confiado en dichas ofertas, pero no haya aceptado expresamente:

> La ineficacia de la revocación frente a aquellos que ya han tomado las medidas preparatorias para el rendimiento. Los defensores de esta opinión la fundamentan en el hecho de que en estos pasos ya se encuentra una aceptación, lo que

136 Loser (2006) tiene una peculiar perspectiva de la teoría de los danos en torno a la teoría de Ihering y los llama "sanciones" (p. 26). En el mismo sentido Caruso (1993) llama "sanciones monetarias" a la indemnización por danos al interés negativo, expresando que la teoría se originó a partir de la observación de Ihering sobre las conexiones entre diversas situaciones, como la firma de un contrato inválido, el error unilateral y la revocación de una propuesta. Luego, desarrolló la idea de un deber de corrección precontractual, que permitiría sanciones monetarias en caso de violación (pp. 6-7).

> crea la obligación para el oponente de esperar el resultado, que finalmente decidirá sobre el reclamo.
>
> No puedo estar de acuerdo con esta opinión. Parece haber surgido de la suposición de que los concursantes de premios estarían completamente desprotegidos; una suposición cuya falta de fundamento espero demostrar de inmediato. Además, su validez depende de la pregunta de si se puede encontrar una aceptación en esos pasos preparatorios. No puedo decidirme por ello. La aceptación sólo se ha producido con el cumplimiento real de la condición, por lo que todas las medidas preparatorias pueden considerarse como pasos hacia la aceptación, no como aceptación en sí. (p. 84).

Finalmente, para zanjar el tema de la responsabilidad antes de la oferta, o de una posible responsabilidad precontractual, Ihering (1861) es enfático al negar cualquier tipo de responsabilidad[137] en situaciones donde la otra parte haya realizado pasos preparatorios conducentes a la aceptación del contrato, los considera irrelevantes e imputables a la parte que confió en tales promesas sin haberlas aceptado expresamente:

> La situación del solicitante que es sorprendido en medio de su actividad por la revocación de la oferta no es diferente a la de un aceptante en contratos entre ausentes, que se ve afectado de la misma manera por la revocación de la oferta. Ambos han emprendido lo que deseaban en confianza en la palabra del oferente y ahora deben darse cuenta de que el éxito que esperaban se ha visto frustrado por un

137 Para Sonnabend (1984), la teoría de la responsabilidad de Ihering está basada en la obligación de compensar por los daños y deriva de la culpa en la conclusión de los contratos (p. 4).

cambio de voluntad de la otra parte. Así como en un caso, el oferente también debía considerar la posibilidad de tal efecto perjudicial al revocar su oferta; si, a pesar de eso, se atreve a hacerlo, está dejando de lado las consideraciones que debía tener hacia la otra parte al celebrar el contrato, es decir, comete una *culpa in contrahendo*. En ambos casos, su revocación se inscribe en una relación contractual aún en proceso de formación, frustrando la realización de esta relación deseada e impulsada por él mismo. N**o nos confundamos por una diferencia en la estructura práctica de ambos casos.** En los contratos entre ausentes, actuar sobre la base de una oferta no aceptada no genera un derecho a indemnización (página 43); ¿por qué? La razón de esta diferencia está clara. Si el oferente quisiera hacer valer tal reclamo, el oferente podría responderle: ¿por qué no aceptaste la oferta antes de comenzar a actuar? Tienes los medios para asegurarte de tomar las precauciones necesarias, pero no los has utilizado. Las consecuencias desfavorables de tu acción precipitada son responsabilidad tuya, no mía. **Sin embargo, el oferente no puede hacerle ese reproche al solicitante, ya que este último no debe ni puede aceptar sólo con palabras, sino comenzar de inmediato con la acción. En defensas y ofertas, el revocador que ha inducido a la otra parte a actuar contractualmente es responsable, pero en el caso de las ofertas sólo se puede hablar de una inducción si el solicitante aceptó sin conocer la revocación, ya que la aceptación previa está excluida por la voluntad del oferente y el propósito del negocio**.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que el solicitante no tiene la carga de demostrar que sus acciones realmente habrían tenido el éxito esperado. Esto no se puede demostrar

> en muchos casos en los que se requeriría una competencia, como en el caso de concursos de precios, pero que se impide de antemano debido a la revocación de la oferta.
>
> Por otro lado, la propia negligencia excluye el reclamo de indemnización por *culpa in contrahendo*, como en todos los casos. Por lo tanto, por ejemplo, si alguien se presenta a una carrera anunciada con primas con un caballo completamente inadecuado y luego se entera de que se ha pospuesto, no puede exigir el reembolso de sus gastos de viaje. Del mismo modo, rechazaría el reclamo si el oferente se ofrece como prueba de que las acciones del demandante no habrían tenido éxito incluso sin la revocación. En este caso, el demandante no ha sufrido ningún daño debido a la revocación, y ésa es la premisa de nuestra demanda. (pp. 85-86).

El comentario de Ihering refuerza la idea de que la responsabilidad por CIC (*culpa in contrahendo*) no es extracontractual,[138] sino contractual,[139] y surge a partir de la aceptación de la oferta.[140] En ausencia de esta aceptación, los actos preparatorios son responsabilidad de la otra parte. Sin embargo, Ihering (1861) no aborda el tema de la responsabilidad del oferente frente al promisario que ha actuado en función de tales promesas durante una negociación. Es en este sentido que, como veremos en el capítulo V, la figura del "*promissory estoppel*" cobra relevancia, ya que no se compara

138 En el mismo sentido, Liese (1993) comenta que Ihering argumenta que se necesita un contrato de responsabilidad separado para poder responsabilizar a alguien por negligencia durante el proceso de entrar en un contrato (p. 47).

139 Steinberg (1930) cree que la teoría de Ihering parece ser que uno debe ser considerado responsable de cualquier falta o negligencia durante las negociaciones contractuales, independientemente de si finalmente se forma un contrato (p. 14).

140 De esta forma, Caldas (2015) concluye que Ihering alude a la responsabilidad contractual y la obligación de compensar los daños cuando una de las partes no actúa con diligencia (pp. 355, 364).

con la teoría de la CIC. Esta última se asemeja más a la teoría del "*misrepresentation*" en el *common law*.

Asimismo, es importante destacar que Ihering no plantea una postura clara sobre la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). Será la doctrina posterior la encargada de ampliar la teoría de Ihering para adaptarla a situaciones de ruptura injustificada de tratos o negociaciones preliminares.[141]

En conclusión, vemos que el padre de la teoría de la CIC[142] enfáticamente manifestó que la base de la teoría estaba en la diligencia[143] y no en la buena fe,[144] por ende, esta teoría es una auténtica *diligencia in contrahendo*,[145] como una teoría contractual,[146] donde la diligencia es el motor central de dicha teoría.[147]

---

141 Por ejemplo, Meliger (1898) cree que Ihering postuló su teoría sobre la base del fraude y la negligencia grave (pp. 8-9).

142 Algunos autores han deslizado la posibilidad que Ihering -pese a basarse en textos romanos- construyó su teoría por cuenta propia. Véase Thiemann (1984, pp. 360-361).

143 Por su parte, Stocker (1961) cree que la CIC debería ser clasificada como una teoría contractual, ante las ineficiencias del sistema de torts, ya que la base de la CIC es el contrato o una transacción legal (pp. 5, 13, 111).

144 Para Mankowski (2020), la teoría de Ihering de *culpa in contrahendo* sostiene que la responsabilidad surge cuando una de las partes negociadoras no actúa con el cuidado requerido, causando daño a la otra parte, y que las partes están vinculadas por ciertos deberes de conducta incluso en la etapa precontractual (p. 311).

145 En este sentido Meliger (1898) cree que la teoría de la CIC se basa también en la culpa o falta, y también sostiene que la "culpa" debería tener el mismo efecto en una relación contractual en desarrollo como lo tiene en una ya existente, y que se requiere la misma diligencia tanto en situaciones contractuales como no contractuales (pp. 131-133, 168).

146 Sin embargo, Liese (1993) cree que esta teoría fue desarrollada en respuesta a casos donde una de las partes realizó gastos inútiles porque la otra parte no cumplió con la formalización de un contrato debido a su propia culpa (p. 46).

147 Para Steininger (1986) la teoría de Ihering sobre la *culpa in contrahendo* se basa en la idea de que la responsabilidad por negligencia precontractual surge del contrato subsiguiente, aunque esto ha sido superado desde entonces, de cualquier modo, la obra de Ihering está relacionada con el derecho contractual (pp. 20-22, 147.)

2.2.3. Desarrollo doctrinario posterior

En esta sección, exploraremos el desarrollo evolutivo de la teoría de *culpa in contrahendo*, originalmente propuesta por Ihering, basada en la diligencia y no en la buena fe. Analizaremos cómo la teoría evolucionó para dar mayor énfasis a la buena fe, un cambio que comenzó con Windscheid y se consolidó a través de las contribuciones de Leonhard, Siber y Larenz. Posteriormente, examinaremos cómo Faggella intenta esclarecer la confusión generada en torno a la *culpa in contrahendo* en este contexto doctrinal cambiante.

A) Inicios de la transformación de la *culpa in contrahendo*

Vamos a explorar cómo las teorías de Ihering son aceptadas y rechazadas en ciertas áreas. Especialmente, nos enfocaremos en cómo Windscheid toma y amplía la teoría de responsabilidad de Ihering. Además, veremos cómo Windscheid introduce la idea de la "buena fe" como un elemento clave en esta teoría, algo que no estaba en las ideas originales de Ihering.

La visión de Windscheid con respecto a la teoría de Ihering es mixta, en algunos aspectos lo sigue, pero en otros no. Veamos esta situación de perspectivas mixtas.

En efecto, las ideas de Ihering fueron parcialmente acogidas por Windscheid,[148] quien se enfoca en la teoría del error y las situacio-

148 Para Zamir (1991), la teoría alemana sobre las transacciones se centraba en objetos existentes e identificados, en los cuales se descubrían defectos después de concluir el contrato. La revelación de estos defectos era vista como un evento frustrante que afectaba las suposiciones básicas de las partes, en especial del destinatario de la promesa. En este contexto, las reglas relacionadas con la calidad del objeto se vinculaban frecuentemente con la frustración del contrato. Dentro de la teoría de la voluntad, los académicos alemanes, incluyendo a Windscheid, intentaron fundamentar las reglas de la frustración en la voluntad de las partes. Windscheid desarrolló la teoría de la "Voraussetzung" (Suposición), que influenció otras teorías en el siglo XX, como las de Oertmann, Locher y Krückmann. Estas teorías buscaban fundamentar las reglas de frustración en una reserva contractual, ya sea potencial, hipotética, psicológica o detectable desde la base objetiva de la transacción, según las diferentes

nes de invalidez.[149] Estas ideas finalmente se reflejaron en el Código BGB.[150] Tenemos, por ejemplo, los casos de la obligación de indemnizar en casos de invalidez por error y falta de seriedad en la declaración (BGB§122[151]), o imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal (§307[152] y

interpretaciones. Algunas se centraban en la reserva del destinatario de la promesa, mientras que otras buscaban el propósito común de las partes (pp. 62-63).

149 Según Estevill (1995), "el concepto de daño, ante todo, y en virtud de la teoría de la diferencia, viene a predicar la idea consistente en que la indemnización a realizar pretende la 'nivelación de la diferencia que se produce entre la situación actual en que se hallaría el patrimonio de la persona perjudicada sin el hecho dañoso y el que en realidad presenta', ésta es la tesis que al respecto sostuvieran Windscheid y Fischer..." (p. 863).

150 Mollers (2003) grafica que Windscheid fue uno de los Pandectistas del siglo XIX y contribuyó al rigor conceptual y a la abstracción lógica del Código Civil Alemán (BGB). (pp. 22-25).

151 El numeral 122 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) trata de la responsabilidad del que impugna una declaración de voluntad. El texto del numeral 122 del BGB es el siguiente:**(1) Si una declaración de voluntad de conformidad con el artículo 118 es nula o impugnada sobre la base de los artículos 119 y 120, el declarante, si la declaración se hiciera a otra persona, indemnizará a la otra parte, o a cualquier tercero, por los daños sufridos por la otra parte o por el tercero como resultado de su confianza en la validez de la declaración, pero no en exceso del importe de los intereses. que la otra parte o el tercero tenga interés en la validez de la declaración. (2) La responsabilidad por daños y perjuicios no surge si la parte perjudicada conocía el motivo de la nulidad o impugnabilidad o no conocía (debería haber sabido) el motivo de la nulidad o anulabilidad.** Código Civil Alemán [BGB], 2 de enero de 2002. (Alemania).

152 BGB § 307 (1) Si una persona, al concluir un contrato que es de ejecución imposible, supo o debería haber sabido que era imposible, está obligado a compensar por cualquier daño que la otra parte haya sostenido al confiar en la validez del contrato; pero no, sin embargo, más que el valor del interés que la otra parte tienen en la validez del contrato. La obligación de compensar no nace si la otra parte supo o debería haber sabido de la imposibilidad. (2) Estas reglas aplican *mutatis mutandis* si la ejecución es solamente parcialmente imposible, y el contrato es válido con respecto a la parte posible, o si solamente una de las muchas alternativas de ejecución prometida es imposible. Civil Alemán (BGB), §307. 2 de enero de 2002. (Alemania).

309[153]),[154] así como representación sin poder ignorándolo el representante. Windscheid (1900) explica lo concerniente a la falta de voluntad[155] y la teoría del engaño,[156] que en resumen lo podríamos sintetizar así:

1. Las transacciones que no son de naturaleza comercial son nulas si carecen de voluntad genuina.
2. En transacciones comerciales, no se puede alegar falta de voluntad para anular una transacción si la otra parte fue engañada debido a la culpa de quien declara. Es decir, si una parte engaña a la otra, no puede luego argumentar falta de voluntad para invalidar la transacción.
3. Esta regla también se aplica a declaraciones escritas de intención (como poderes, letras de cambio, o valores al portador) que están destinadas a un número indefinido de personas. Incluso si el declarante no tiene deudas, no puede alegar falta de voluntad si ha habido engaño.
4. En otros casos, donde no hay culpa propia, pero se causa un fraude, la responsabilidad recae en indemnizar el interés negativo en el contrato. Esto implica compensar a la otra

153 Como lo venimos estudiando, el numeral BGB §309 se centraba en la obligación resarcitoria frente a danos al cuerpo, la vida o la salud, dejando excluido el daño patrimonial. Este vacío o laguna del sistema de responsabilidad extracontractual motivó a Ihering a idear su teoría de la CIC, como lo vimos en el apartado anterior.

154 Steinberg (1930) sostiene que ambos artículos están inspirados en la obra de Ihering (p. 24).

155 Para Estevill (1995), Windscheid cree en el cree en el poder de la voluntad en la generación de efectos legales, y lo expresa así: "La responsabilidad civil precontractual, se ha dicho, no nace de la doctrina de la falta, se origina en la idea del consentimiento previo de las partes prestado al sólo efecto de entrar en negociaciones conducentes a la formación de la voluntad contractual. Esta tesis ignora aquella idea de SAVIGNY y WINDSCHEID consistente en que el poder de la voluntad en la generación de efectos jurídicos tiene su origen y limite en la Ley." (p. 1045).

156 Para Fuller (1936), la teoría de Windscheid se basa en la idea de que una transacción legal es el ejercicio del poder creativo que la voluntad privada posee en asuntos legales, con el individuo dando órdenes y la ley adoptando esas órdenes (pp. 95-96.

parte por las pérdidas sufridas debido a la confianza en la declaración o transacción.

5. La falta de voluntad siempre se considera si el destinatario de la declaración es informado del engaño antes de que ocurra un daño, o si mantener la declaración resultaría en un enriquecimiento injusto para el destinatario a expensas del declarante (p. 234).

En cuanto a situaciones de reserva mental nos dice Windscheid (1900): "Según la reserva mental: algo que no se quiere se declara como buscado para engañar a la persona a quien se dirige la declaración de intenciones" (p. 325). Y seguidamente continúa Windscheid (1900):

> Creo que debe hacerse una distinción entre una declaración de intento de broma y como broma; ahí el declarante quiere engañar, pero él no lo hace con intenciones egoístas, sino para conocer al otro, aquí cree que se entenderá su broma. En este último caso, el declarante sólo puede ser considerado responsable del interés negativo contractual a menos que haya culpa lata (p. 326).

Este pasaje es importante en el contexto de las declaraciones de intención y se centra en la intención y las consecuencias del engaño. Es necesario resaltar algunos aspectos clave:

> 1. Declaración de Intento Como Broma: Aquí, el declarante hace una declaración con la intención de engañar, pero no con un propósito egoísta o malicioso. En lugar de ello, el engaño se realiza con la expectativa de que la otra parte entienda que se trata de una broma.
>
> 2. Responsabilidad en Caso de Broma: En el caso de que la broma sea interpretada erróneamente como una declaración seria y cause algún tipo de daño o pérdida,

> el declarante podría ser considerado responsable. Sin embargo, su responsabilidad se limitaría al "interés negativo contractual". Esto significa que el declarante podría ser responsable de compensar a la otra parte por las pérdidas incurridas debido a la confianza en la declaración, pero no por los beneficios que la otra parte podría haber obtenido si la declaración hubiera sido seria y verdadera.
>
> 3. Culpa Lata (Negligencia Grave): Si el declarante actúa con culpa lata, que implica un grado de negligencia grave o imprudencia severa, su responsabilidad podría extenderse más allá del interés negativo contractual. En este escenario, el declarante podría ser responsable de daños adicionales si su conducta se considera extremadamente descuidada o imprudente.

En este sentido, la intención y la percepción de la declaración son cruciales para determinar la responsabilidad. Una declaración hecha en broma, sin intenciones dañinas, generalmente limita la responsabilidad del declarante al interés negativo contractual, a menos que exista una negligencia grave.

Luego, con respecto a la imposibilidad originaria de la prestación y violación de una prohibición legal nos aclara Windscheid (1900):

> El contrato obligatorio es también nulo a causa de la prohibición, entonces el contratante que sabe o debe saber de la existencia de la prohibición es responsable frente a la otra parte por la transferencia negativa de interés, pero no más allá de lo positivo y nada si la otra parte también conoce o debe conocer la prohibición (p. 800).

Es decir, en el contexto de un contrato que es nulo debido a una prohibición legal, la responsabilidad de las partes involucradas depende de su conocimiento o ignorancia de dicha prohibición:

> 1. Conocimiento de la Prohibición: Si una de las partes en el contrato conoce o debería haber conocido la existencia de la prohibición que hace nulo el contrato, esa parte es responsable ante la otra por lo que se denomina "transferencia negativa de interés". Esto significa que debe compensar a la otra parte por las pérdidas o daños incurridos debido a la confianza en la validez del contrato.
>
> 2. Limitación de la Responsabilidad: La responsabilidad del contratante que conoce la prohibición se limita al interés negativo, es decir, a las pérdidas sufridas por la otra parte, y no se extiende al interés positivo, que sería el beneficio esperado si el contrato hubiese sido válido y ejecutable.
>
> 3. Conocimiento Mutuo de la Prohibición: Si ambas partes conocían o debían haber conocido la prohibición, entonces ninguna de ellas sería responsable ante la otra por los daños resultantes de la nulidad del contrato. En otras palabras, si ambas partes entran en el contrato a sabiendas de que es prohibido, entonces asumen el riesgo y no pueden reclamar compensación por la falla del contrato.

De esta manera, bajo la concepción de Windscheid, la responsabilidad por un contrato nulo debido a una prohibición legal depende de la conciencia que cada parte tenga sobre dicha prohibición. Si una parte conocía la prohibición y la otra no, la primera es responsable de compensar las pérdidas (interés negativo) de la segunda. Si ambas partes sabían de la prohibición, ninguna es responsable ante la otra por la nulidad del contrato.

Estos pasajes nos ilustran el pensamiento de Windscheid con respecto a la teoría de la CIC, quien se enfoca en la teoría del error y las situaciones de invalidez, a partir de las ideas de Ihering, que influyeron en el BGB; sin embargo, no vemos una influencia de Windscheid en la teoría de la RINP.[157]

Ahora bien, una vez que hemos visto panorámicamente la concepción de Windscheid y su influencia en el Código Civil alemán, es necesario indicar los puntos de contacto y de divergencia entre Windscheid y Ihering, a partir de su obra "Manual del Derecho de las Pandectas" (en adelante "el Manual"),[158] contrastándolo con Ihering y su obra "*Culpa in contrahendo*."[159]

Específicamente, Windscheid (1900) sigue la teoría de Ihering[160] del interés contractual negativo (p. 489), y menciona que la interpretación de Ihering de los textos romanos (como lo vimos en el apartado anterior) es correcta (pp. 704-705).[161]

Ahora exploraremos las áreas en las que Windscheid discrepa de Ihering.[162] Muy concretamente Windscheid, en su teoría de la

---

157 Por su parte, Oughton y Davis (2000) conectan la teoría del error con la de la CIC: "Curiosamente, esta calificación es similar al concepto civilista en el que la doctrina del error in substantia se modera por los principios que rigen la *culpa in contrahendo*." (p. 261).

158 Windscheid (1900).

159 Von Ihering (1861).

160 Windscheid (1900) en su Manual discute conceptos relacionados con la CIC. Algunos de estos conceptos incluyen "Actio c. S. 187" (p. 139), "Culpa" (p. 407), "culpa in eligiendo" (p. 409), "culpa lata" (p. 499) y "Wille und Willenserklärung" (p. 625). Además, el Manual discute la importancia de comprender las intenciones de ambas partes en un contrato (p. 555). Estos elementos sugieren una relación con la teoría de la *Culpa in contrahendo* en el trabajo de Windscheid.

161 Para una investigación más exhaustiva sobre la interpretación de Ihering del Digesto, recomendamos al lector consultar el Apéndice I, donde se encuentran las citas que Ihering hace en su obra sobre el Digesto.

162 Existen múltiples instancias en las que Windscheid (1900) no sigue la teoría de la *Culpa in contrahendo*, incluyendo la distinción entre la conclusión de un contrato

responsabilidad, introduce el concepto de buena fe, divergiendo de Ihering quien, como se discutió previamente, centró su teoría en la diligencia en lugar de la buena fe. Para De la Puente y Lavalle (2007), Windscheid define la "buena fe" como una "convicción honesta" (p. 331).[163]

En efecto Windscheid (1900) discute el concepto de buena fe o "bona fide" en varios lugares a lo largo de su Manual.[164] En general, argumenta que la buena fe es un principio importante[165] tanto en el derecho romano como en el alemán, y que se utiliza para llenar lagunas en la ley, garantizar la equidad y la justicia, y proteger los derechos de los individuos. También discute aplicaciones específicas de la buena fe, como en relación con la adquisición de propiedades, la expiración de un derecho de prenda y la validez de una declaración de intención.

Otro aspecto interesante en el Manual de Windscheid (1900) es su análisis de la teoría de la CIC en relación con el concepto de dolo[166]

---

y la ejecución de una transacción legal unilateral (p. 490), la cuestión de si un error en el motivo es motivo para anular un contrato (pp. 519-520), el concepto de coerción (p. 530) y el significado objetivo de una declaración de voluntad (p. 555). Además, Windscheid no sigue la teoría en el BGB (p. 619) y discrepa con el intento de Mommsen de reducir el concepto de culpa lata al concepto de error inexcusable (p. 624). Estas discrepancias muestran que Windscheid no adhiere de manera consistente a la teoría de *Culpa in contrahendo* en todas las áreas de su trabajo.

163 Kessler (1964) nos dice que Windscheid rechazó la justificación de la culpa propuesta por Ihering y optó en cambio por la imposición de responsabilidad basada en nociones de buena fe (pp. 449 y ss, especialmente nota de pie de página número 5). Top of Form

164 Windscheid (1900).

165 Faggella (1918) cree que la teoría de Windscheid se basa en el principio de "bona fides" (buena fe) y "confianza en la seriedad y permanencia de la oferta" (p. 73).

166 Faggella (1918) menciona que Windscheid cree que el elemento de culpa (dolo o colpa) es universalmente necesario para la responsabilidad (p. 139).

(p. 499),[167] en el marco de la doctrina de Ihering de la CIC.[168]

Ahora bien, veamos enseguida cómo el concepto de bona fide es ampliamente incorporado en la teoría de la responsabilidad precontractual, apartándose de la noción inicial de Ihering.

B) El Giro hacia la buena fe en la teoría de la *culpa in contrahendo*

Pero no es solamente Windscheid el impulsor de la transformación de la teoría de la CIC.[169] Después de Ihering[170] y su obra en 1861, nacen otros tratadistas como Leonhard,[171] Siber y Larenz, que tratan de inculcar el concepto de *bona fide* en la teoría de la CIC, como lo veremos a continuación.

Por su parte Leonhard hablaba de la violación de deberes contractuales en el marco de un contrato válido,[172] y como ejemplo

---

167 Esta relación entre el dolo como fruto de la incorporación de la buena fe como motor central de la CIC se estudiará en este capítulo en los apartados siguientes.

168 El Manual analiza el concepto de dolo y sus implicaciones en el contexto de las negociaciones de buena fe, señalando que la *exceptio doli* (defensa por engaño) no es necesaria en tales casos (p. 518). El Manual, menciona conceptos relacionados como la buena fe (p. 133), la teoría de la *culpa in contrahendo* (p. 489) y la equivalencia entre *dolus* y *lata culpa* (negligencia grave) en el derecho romano (p. 499). Además, el Manual discute la distinción entre *dolus* (acto intencional) y *culpa* (negligencia) (pp. 622-623) y menciona la *in integrum restitutio* en relación con la *actio tutelae* y la *actio quod metus causa* (página 684). Estos elementos proporcionan un contexto para comprender la perspectiva de Windscheid sobre el *dolo* y su relación con la *buena fe* en las negociaciones y en especial el contexto de la CIC (Ver Windscheid (1900).

169 Es necesario aclarar que la obra de Ihering, aunque no tuvo acogida legislativa inmediata, sí tuvo repercusión académica en su tiempo. De la Puente y Lavalle (2007) expresa: "La tesis de IHERING, aunque no recibió acogida legislativa, fue considerada en su momento como un descubrimiento jurídico." (p. 363).

170 Como recordamos, la teoría de Ihering de CIC se basa en la idea de que las partes pueden ser responsables por violar deberes precontractuales durante las negociaciones (Liese, 1993, p. 1).

171 Para Estevill (1995), tanto Ihering como Leonhard son los responsables de la construcción de la teoría de la CIC (p. 1068).

172 Para Zaccaria (2014), la teoría de Leonhard está basada en los principios de protección de la confianza (p. 68).

tenemos el famoso caso de las patentes,[173] donde una compañía vende una patente a un comprador cuando había una compañía competidora que estaba disputando la titularidad de dicha patente y que al final logra una interdicción judicial de la comercialización de la patente hasta que se dilucide el problema de la titularidad de la patente, generando que el contrato se anule por imposibilidad del objeto (la patente) ya que su titularidad estaba en entredicho y disputada por la compañía competidora que ganó la medida cautelar o interdicción.

Leonhard argumenta que existe una obligación general de buena fe en las negociaciones previas a la celebración de un contrato. Según su teoría, esta obligación implica que las partes deben actuar con honestidad y transparencia en las negociaciones y deben evitar engañar o inducir a error a la otra parte.

En particular, Leonhard sostiene que la parte que conoce algún defecto o problema en el objeto del contrato tiene la obligación de divulgar esta información a la otra parte durante las negociaciones. Si no lo hace, puede ser considerada responsable de una *culpa in contrahendo*, lo que significa que ha incurrido en una falta de diligencia en las negociaciones previas al contrato.[174]

Leonhard (1896) no extirpa totalmente el elemento de "diligencia" de la teoría de la CIC pero incorpora el elemento buena fe a dicha teoría. La postura de Leonhard dentro de la teoría de la "*culpa in contrahendo*" se basa en algunos principios clave: la responsabilidad del vendedor por negligencia o engaño,[175] la importancia de la buena

173 *Gramophone Co. Ltd. v. De Martin*, et al. (Tribunal Supremo de Alemania) RG 26-4-1912, JW Juristische Wochenschrift (1912).

174 Ver el trabajo de Mosset Iturraspe, J. y Piedecasas, M. (2006, p. 278).

175 Leonhard (1896), pp. 5-16, 25-32, 58-65.

fe[176] y la distinción entre casos en los que el artículo vendido es objeto de acuerdo y casos en los que no lo es (p. 45). Estos principios fundamentales guían la interpretación de Leonhard de la teoría de la culpa en la formación de contratos.

Particularmente, en el tema de la incorporación del bona fide de Leonhard (1896), su teoría se relaciona con este concepto de varias maneras. Rastrea el desarrollo del concepto en el derecho romano (pp. 5-7, 10-11) y argumenta que requiere más que simplemente evitar el engaño intencional (p. 13). También discute cómo condujo a la inclusión de la "culpa" en la regulación de las obligaciones contractuales (p. 13). La teoría de Leonhard enfatiza la importancia de que ambas partes actúen de buena fe (p. 64-66).

Esta parte final del concepto de Leonhard (1896), que establece la buena fe como un deber impuesto a ambas partes, entra en conflicto con la perspectiva de Ihering (1861). Ihering intentó evitar la inclusión de la buena fe en la teoría de la *Culpa in contrahendo* (CIC), argumentando que, si se presume la buena fe, también se presumiría que ambas partes han actuado de buena fe, lo que dificultaría determinar el motor o el fundamento de esta teoría (Ihering, 1861, p. 30-37).

De otra parte, Leonhard, a principios del siglo XX, se enfoca en tratar de reparar daños causados en el período de realización o ejecución (incluyendo el período de formación) del contrato por comportamientos negligentes de la otra parte. Pero este tratadista habla de violación de deberes precontractuales en el marco de un contrato válido.

Sin embargo, entre Ihering y Leonhard hay que realizar una pequeña atingencia. Mientras que Ihering habla de la responsabilidad

176 Leonhard (1896 pp. 36-39).

derivada de un contrato que deviene nulo, Leonhard habla de la responsabilidad por culpa en la realización de un contrato que es válido.

Entonces vemos que Leonhard se refiere a deberes precontractuales y a la realización de un contrato válido, por ello es que la CIC se define dentro de los parámetros de la responsabilidad contractual, por violación a un deber de cuidado o de información contemporáneo al nacimiento de un contrato válido.[177]

En este cometido, Leonhard (1896) en su obra estudia a Cicerón para determinar que la injusticia y el daño están íntimamente ligados, en el sentido de repudiar la actitud de la parte que no revela un defecto del objeto contractual y lo explica de la siguiente manera:

> Cicerón siempre muestra la tendencia laica a sobrestimar la importancia de la deshonestidad para la ley. Es precisamente en este punto donde quiere demostrar que la injusticia y el daño también están íntimamente ligados en el derecho. Sin embargo, sólo puede citar como prueba la sentencia discutida, que él mismo ha de llamar castigo, no de malicia, sino de encubrimiento. Es cierto que tenía el propósito legislativo de combatir la intención fraudulenta; pero su aplicación no requería dolo. Esto lo prueba sobre todo el notable caso legal que Cicerón relata para explicarlo. Gratidiano vende una casa gravada con una servidumbre a Orata sin mencionar el gravamen.

177 Por su parte Valdés Duque (1991) lo expresa: "Para referirse a su teoría Leonhard habla de responsabilidad por culpa en la realización de un contrato (=Verschuldem beim Vertragsschluss), cuya denominación coincide con la *culpa in contrahendo* de Ihering. Toda relación con ésta es rechazada, sin embargo, la *culpa in contrahendo* proporciona fundamento indemnizatorio a los daños sufridos como consecuencia de la invalidez de un contrato y, la culpa en la realización sólo cuando, además de violarse deberes precontractuales, se ha llegado a un contrato válido." (p. 54).

> Sin embargo, el comprador ya estaba al tanto de esta servidumbre. Sin embargo, el jurista Craso es de la opinión de que Gratidiano es responsable ante el comprador porque no mencionó expresamente el defecto. Esto muestra cómo la gente trató de realizar los principios de equidad en la antigüedad. El que se hubiera contaminado sufriría doble pena, y la pena de reticencia también ha sido establecida por los consejos legales; por lo que fuere defectuoso en la herencia, determinaron que, si el vendedor lo supiera, a menos que se hubiere manifestado expresamente, debía ser pagado. (pp. 8-9).

Lo que Leonhard (1896) trata es de afinar la teoría de la *culpa in contrahendo* de Ihering para centrarla en la parte precontractual de tratos preparatorios, o sea, en la formación del contrato y no en la etapa de ejecución del contrato, y sigue explicando:

> Además, bajo la mala fe de la que debe responder el vendedor, sólo debe entenderse aquí el *dolus praeteritus*, la mala fe en la celebración del contrato, no la mala fe en el cumplimiento del contrato 4). Cicerón es testigo de otra limitación de gran alcance de la responsabilidad por mala fe. Según la definición de Aquilius, cada simulatio contaba como dolo, incluidos los medios utilizados para ocultar los defectos. De todo lo anterior se desprende que la responsabilidad del vendedor de bienes inmuebles por ocultar los defectos conocidos por él se desarrolló antes que la responsabilidad del vendedor por dolo. De modo que esa obligación no puede basarse en ésta y debe ser la expresión de un principio jurídico independiente. (pp. 11-12).

Seguidamente, una vez que Leonhard (1896) define la responsabilidad del vendedor al no revelar al potencial comprador el defecto del objeto conocido por él, explica que existe un deber de negociar de buena fe:

> Por lo tanto, la buena fe debe entenderse como actuar honesta y concienzudamente. El concepto de bona fides, por lo tanto, no sólo se contrasta con la malicia, sino también con la *negligentia* y la *levis culpa*. La negligencia contrasta tanto con la honestidad concienzuda como la malicia. Esto explica por qué la creciente consideración por la buena fe llevó también a que se permitiera que la culpa influyera en la regulación de las obligaciones contractuales. (pp. 13-14).

Sin embargo, la omisión de informar al comprador sobre el defecto del objecto (que el vendedor conoce, pero no revela) en la etapa preparatoria negocial, no solamente puede ser endilgada al dolo, por cuanto puede haber existido también negligencia o, según Leonhard "puede haber olvidado la deficiencia o considerar innecesario mencionarla. De hecho, a menudo sería superfluo informar al comprador de todas las fallas" (p. 14).[178]

Posteriormente Leonhard (1896) piensa que no toda ocultación de defectos[179] o errores conocidos son producto del dolo,[180] por

178 Leonhard (1896) argumenta que el vendedor es responsable de cualquier negligencia durante la conclusión de un contrato, y basa esto en el principio de que el vendedor está obligado a revelar cualquier defecto en el producto (pp. 5-11).

179 Leonhard (1896) sostiene que el vendedor es responsable de los daños si oculta conscientemente defectos al comprador. Sin embargo, también argumenta que el vendedor no siempre actúa con intención maliciosa y que la negligencia o el descuido también pueden ser motivos de responsabilidad (p. 16).

180 Leonhard (1896) argumenta que el vendedor es responsable de cualquier negligencia o engaño que conduzca al error del comprador. Él fundamenta esto en el principio de equidad, que según él debería tener en cuenta los intereses tanto del comprador como del vendedor (p. 65).

cuanto no siempre se trata de un comportamiento fraudulento del vendedor,[181] pero que dicha ocultación contraría la buena fe[182] (pp. 14-15), especialmente si la omisión de informar[183] del vendedor equivale a una *misrepresentation* o tergiversación.[184]

De manera que Leonhard remata su idea sobre la culpa en la contratación para explicar que la confianza[185] del comprador fundada en las representaciones del vendedor debe ser indemnizada:[186]

> La condición añadida de que el comprador no estaba al tanto del defecto también habla a favor de nuestra traducción. Porque si sólo se considerara que se había vendido la descendencia, no se podría haber planteado la cuestión de si el comprador sabía de la esterilidad de la esclava. Más bien, la esclava se vende con su descendencia y el hecho de que sea definitivamente o probablemente estéril debe considerarse como un defecto en el artículo comprado. El

181 Leonhard (1896) sostiene que la base de la teoría de CIC es la negligencia del vendedor en no informarse "sobre las propiedades de los bienes que está vendiendo, especialmente a través de la examinación (p. 32).

182 Leonhard (1896) sostiene que el vendedor es responsable de cualquier defecto en el producto si estos defectos podrían haber sido razonablemente descubiertos a través de un examen. Esto se basa en el principio de "bona fides" o buena fe, que requiere que ambas partes actúen de manera honesta (pp. 36-39).

183 Leonhard (1896) sostiene que el vendedor es responsable por negligencia al celebrar un contrato, específicamente si crean o mantienen un error sobre la calidad de los bienes que se están vendiendo (pp. 58-59).

184 En el capítulo III veremos cómo la teoría de la CIC se asemeja a la doctrina del *misrepresentation* del *common law* americano.

185 Thiemann (1984) recalca que la teoría de Ihering se basa en la concepción de que una obligación puede surgir del otorgamiento de confianza, lo que requiere que una de las partes actúe de manera que probablemente inspire confianza y que la otra parte realmente confíe en dicho comportamiento (pp. 15, 116-120). Canaris (1965) cree que la teoría de Ihering se basa en la confianza (pp. 471-475, 478-483).

186 Según Caldas (2015), la teoría de Ihering se basa en la idea de que ambas partes en una negociación contractual son responsables de actuar de buena fe y mantener la confianza mutua (p. 357).

> vendedor es responsable de este defecto de acuerdo con los principios desarrollados en la Sección 3 anterior. Pues aunque el vendedor no haya hecho una promesa formal, ha despertado frívolamente esperanzas infundadas en el comprador al afirmar que la descendencia también fue vendida. Por lo tanto, es responsable por su culpa en la acción del contrato. (p. 43).

De esta manera queda clara la doctrina de la CIC de Leonhard (1896) referida a la obligación de divulgar el defecto del objeto bajo el amparo de una obligación de actuar de buena fe:[187] "El vendedor que conoce un defecto y lo oculta, responde de la culpa contenida en él" (p. 44).

Ahora bien, con respecto al tema referido a la responsabilidad precontractual derivada de la ocultación de un defecto en la etapa preparatoria la equipara con el otro tema de la defectuosa ejecución de una obligación, así lo expresa Leonhard (1896):

> No parece justificado distinguir tan bruscamente entre culpa en la celebración del contrato y culpa en el cumplimiento del contrato. Ambos casos suelen mostrar una gran similitud. En un caso el vendedor oculta que la mercancía requiere un cuidado especial, en el otro se ocupa de la garantía y por lo tanto de este cuidado mismo, sin cumplir su promesa. Sería un error tratar estos casos de manera diferente. Que los romanos no eran tan imprácticos… Gayo equipara expresamente ambos casos. (p. 50).

187 Él sostiene que la buena fe requiere más que simplemente evitar el engaño intencional, y que también implica actuar de manera consciente y responsable. También discute cómo la creciente importancia de la buena fe en el derecho romano llevó a la inclusión de la culpa (negligencia) en la regulación de las obligaciones contractuales (Leonhard, 1896, p. 13).

De otro lado, procedimentalmente hablando, Leonhard (1896) postula en su obra que, si el comprador debe demostrar que el vendedor tuvo la culpa de un daño a consecuencia de su ocultación de un defecto del objeto,[188] dicha prueba tiene un standard diferente al de la probanza del dolo:

> Añado el comentario de que el vendedor es entonces astuto a causa del fraude: porque la ocultación de los errores no tiene por qué residir siempre en la astucia. Más bien, la decisión del Tribunal Supremo está justificada desde el punto de vista de que el vendedor es responsable de su culpa. Porque ya está actuando culposo cuando oculta errores que son tan importantes y ocultos que tuvo que suponer que el comprador no los conocería. Así, el vendedor que separa un bosque de su propiedad y poco después vende su propiedad junto con todos los bienes inmuebles es responsable por su culpa. No podía esperar que el comprador ya estuviera al tanto de la separación del bosque del resto de la propiedad. La misma culpa se aplica a quienes venden detergentes tóxicos sin informar al comprador de esta propiedad peligrosa. Por lo tanto, basta con que el comprador pruebe que el vendedor tenía conocimiento del defecto en el momento de la celebración del contrato y que debería habérselo informado por su naturaleza. Si, en determinadas circunstancias se facilita aún más la prueba al comprador. Si el defecto es muy

188 La teoría de Leonhard (1896) está en línea con el concepto de buena fe en el sentido de que enfatiza la importancia de que ambas partes actúen de buena fe. Específicamente, Leonhard argumenta que el vendedor no debe ser considerado responsable de los defectos en el producto si no estaba al tanto de ellos, pero que debe ser considerado responsable si causó intencionalmente o por negligencia el error del comprador (pp. 64-66).

> significativo y fácilmente detectable, el comprador ni siquiera tiene que demostrar que el vendedor estaba al tanto del defecto. Sólo necesita probar que el vendedor actuó con culpa. (pp. 61-62).

En resumen, la teoría de Leonhard dispone que el vendedor que conocía o debía conocer de un defecto del objeto contractual debe comunicarlo al comprador, al amparo del deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. En relación al deber de informar y la omisión de proporcionar información esencial a la parte que depende de ésta para celebrar un contrato, remitimos al lector a revisar el análisis comparativo entre la *Culpa in contrahendo* (CIC) y el concepto de "*misrepresentation*" del derecho anglosajón, presentado en el Capítulo III de esta obra.

C) Teorías sobre la buena fe y el deber de cuidado

Por su lado, Siber en 1914 plantea también ciertos deberes de información precontractuales, independientemente de la celebración o no de un contrato válido (a diferencia de Leonhard). Pese a este aporte, las Cortes siguieron el precedente de caso de las patentes en el sentido de encontrar responsabilidad cuando exista un contrato válido (que era la teoría de Leonhard, como lo vimos en el apartado anterior). Siber plantea el caso de la tienda de ropa, y que lo desarrollaremos posteriormente en el capítulo II (comúnmente llamado el caso del linóleo o *Linoleonfall* (Sentencia VI 240/1911[189]) en el cual una potencial clienta ingresa a una tienda y resulta herida cuando el empleado o dependiente de la tienda de ropa mueve un par de rollos de ropa que accidentalmente caen sobre la cliente y su hija, generando una lesión en ambas. Pese a que no existía relación contractual, se crea la ficción de una situación

189 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

preparatoria contractual ficticia porque existieron conversaciones de una potencial clienta con el dependiente de la tienda de ropa.[190]

Es decir, la base de la imputación de la CIC no es un criterio subjetivo,[191] no es solamente la confianza generada en la parte inocente, sino que es un criterio antijurídico, es decir, una conducta que la ley reputa como contraria a un deber legislado o normado. Como veremos, la concepción inicial de la CIC reputa como nulos los contratos cuya formación hayan violado un deber de información o cuidado o -en el caso de la RINP- un deber de negociación de buena fe.[192]

Sin embargo, Siber (1914) explica que la base de la indemnización en el caso del linóleo o *Linoleonfall*[193] debería partir de la imputación objetiva derivada de un deber de cuidado general que viene establecido por el mandato legal de orden público, independientemente de la existencia o no de un contrato o de un contrato preparatorio. Así lo explica Siber (1914):

---

190 En este sentido, Asúa González (1989) piensa que "la concepción originaria de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* puede ser resumida así: quien haya sufrido daños debido a la nulidad de un contrato -el origen de la nulidad puede ser relativamente amplio y estar en relación con el sujeto, objeto o consentimiento- puede exigir una indemnización fijada según el criterio del interés negativo; la acción encuentra su fundamento en el contrato nulo y la justificación o la razón que permite en última instancia la reclamación es la existencia de una *culpa in contrahendo* en el declarante, culpa que se entiende no tanto como criterio de imputación subjetivo sino que se viene a identificar con la antijuridicidad." (p. 29). Por su parte, Ferro (1999) considera que, tanto en los casos de negociaciones fallidas como de acuerdo preliminar, la parte que no incumplió sólo tiene derecho al reembolso de los gastos incurridos. El autor sostiene que no existe "daño" en sentido estricto, ya que los gastos incurridos durante las negociaciones son neutrales y no crean una situación favorable o desfavorable para ninguna de las partes (p. 115).

191 Para Montesano (1953), la teoría de la CIC define el "derecho subjetivo" como "dominio de la voluntad subjetiva" o como un "interés protegido" (p. 40).

192 Esta es la gran diferencia con el *Promissory estoppel*, como lo veremos en el capítulo V de esta obra, donde no existe un factor de antijuridicidad (ya que la responsabilidad deriva del "*detrimental reliance*" del promisario).

193 Sentencia VI 240/1911.

> La invitación comercial contenida en la apertura de una tienda debe justificar la obligación de mantener todo el equipo de la tienda en las condiciones requeridas para la seguridad personal del visitante, y no sólo rente al comerciante que tiene las mercancías presentadas… pero también hacia cualquiera que entre en la tienda como comerciante… Esta obligación no se basa en una relación que sólo es similar a un contrato… también para la administración ferroviaria hacia el pasajero no sólo si ya ha comprado un billete o llegado en tren, sino también cuando espera que la taquilla quede libre. (pp. 194-195).

Como vemos, el propio Siber (1914) se encarga de explicar que la responsabilidad derivada de un daño provocado por la negligencia del dueño de un negocio a un tercero se deriva de la naturaleza del deber de cuidado del vendedor y no de la especial relación contractual entre el tercero y el vendedor (como sería de esperarse desde la perspectiva de la CIC de Ihering); es decir, estamos frente a un asunto de responsabilidad extracontractual, pero que Ihering le da a este tipo de situaciones una explicación desde la perspectiva contractual del vendedor que incurre en culpa en la contratación (*culpa in contrahendo*) debido a la insuficiencia del sistema extracontractual[194] alemán que no cubría este tipo de situaciones en su sistema extracontractual y que por lo tanto era necesario recurrir a la CIC para acudir en ayuda de la víctima de la negligencia del vendedor en un contexto "contractual", pero en realidad la teoría de Siber aterriza en una plataforma de responsabilidad extracontractual, o sea en un *tort* (como se vería en el *common law*).

194 Arenas García (2007) también comparte esta idea de que la teoría de Ihering nace frente a las insuficiencias del régimen extracontractual alemán (p. 319).

Sin embargo, Siber (1914) centra su análisis de la CIC en aquellas situaciones donde una parte está en la obligación de informar y divulgar los defectos del objeto, cuyo silencio acarrea la nulidad del contrato. Así lo manifiesta Siber (1914):

> Además, las normas que vinculan perjuicios para un contratante de la ocultación dolosa de vicios materiales y jurídicos dan como resultado que aun antes de la celebración del contrato, exista al menos una obligación primaria de informar tales defectos... que no solo la notificación fraudulenta, sino también premeditada o negligente de los defectos conocidos obliga al oponente a reconocer el daño causado... Esto no contradice el hecho de que la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento sólo exista en caso de ocultamiento fraudulento del defecto, porque el requerimiento por incumplimiento es diferente del interés de notificación y suele ser más extenso. (p. 191).

Es decir, para Siber, la obligación de divulgar o de comunicar los defectos no solamente se detiene en la etapa precontractual sino también trasciende el contrato, e incluso es independiente de la realización o ejecución del contrato. En palabras del propio Siber (1914):

> Si de hecho existe una obligación legal de dar a conocer antes y después de la celebración del contrato, y aunque el incumplimiento negligente de esta obligación hace responsable del daño causado por este silencio. Esta responsabilidad también debe surgir si el contrato no se realiza. No es raro, sin embargo, que un contrato esté precedido por negociaciones que ya concluyen un

> contrato anónimo que sólo tiene como objetivo establecer obligaciones de conservación. (p. 192).

Con ello queda claro que el enfoque principal de Siber, con respecto a la responsabilidad precontractual, es sobre las obligaciones de informar y de divulgar los defectos, independientemente de la conclusión o no del contrato. Asimismo, este deber lo extiende a la obligación de notificar y no solamente de informar o divulgar. Este deber de notificar parece ser poner mayor énfasis en la obligación del vendedor, cuyo silencio lo equipara con el negligente desconocimiento del defecto, así Siber (1914) lo explica:

> Por lo tanto, determino los requisitos previos para esta reclamación según si existe una obligación primaria de informar defectos, pero de otra manera... si existe una obligación de informar, el comprador tiene la obligación de notificación, distintos de la sanción positiva por incumplimiento de la obligación principal, no sólo en el caso de dolo, sino también en el caso de negativa negligente y, si se asume una obligación de informar además de la obligación de notificar, también en caso de desconocimiento negligente del defecto. (p. 195).

Mientras que Siber piensa que la *culpa in contrahendo* es lo mismo que culpa en la realización o ejecución del contrato, al igual que Leonhard, se diferencia de él cuando habla de la violación de deberes de información precontractuales, con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido.

D) Teorías sobre la buena fe y lealtad en la negociación

Larenz (1987) explica que el BGB[195] entiende por "culpa" el significado de dolo y negligencia. Existe dolo cuando una persona que es consciente de su obligación la incumple intencionalmente con conocimiento del incumplimiento (pp. 279-280). Existe culpa cuando una persona pudo prever y evitar un desenlace, pero incumple un deber de cuidado objetivamente requerido, pudiendo ser ésta, grave o leve, siendo grave si el nivel de violación es mayúsculo (pp. 281-293).

Por su parte, Larenz (1987) ve el deber de ejecutar los acuerdos de buena fe y define esta institución como un principio ético jurídico que consiste en ser "fiel" a su palabra dada y no traicionar o abusar de la confianza (p. 125), y hasta lo asume como un juicio de valor[196] que "no está sujeto al juicio subjetivo de quien lo juzga, sino que debe convertirse en portavoz e intérprete de todo lo "justo" y del pensamiento "justo" (Larenz, 1987, p. 126).

Cuando Larenz (1987) se refiera al deber de cuidado y al deber de informar, lo hace de la siguiente forma:

> Según el artículo 307,[197] aquel que conoce o debería conocer la imposibilidad del cumplimiento de un contrato dirigido a una prestación imposible (y, por lo tanto, nulo

195 Se entiende el BGB en su versión antigua de 1900, puesto que la nueva versión es del 2002, después de Larenz.

196 Cortés Pérez también lo entiende esta manera: "La buena fe aplicable a la fase precontractual ha de entenderse como un criterio de valoración." (Cortés Pérez, C. (2011). La Responsabilidad Precontractual. *Revista Gaceta Jurídica*, T. 217. Lima-Perú, p. 81).

197 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 307: "Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público." El BGB en su versión del 2002 es diferente: BGB Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 307: "Un contrato es nulo si su contenido es injusto."

según el artículo 306[198]) está obligado a indemnizar al otro contratante por el daño sufrido debido a la confianza en la validez del contrato, es decir, el "interés negativo", pero no más allá del interés por el cumplimiento. La obligación de indemnización no existe si la otra parte también conoce o debería conocer la imposibilidad del cumplimiento. Lo mismo se aplica según el artículo 309[199] cuando el contrato viola una prohibición legal y, por lo tanto, es nulo según el artículo 134.[200] La base de la responsabilidad en ambos casos radica en el hecho de que la parte "de mala fe" no ha informado al otro contratante. Estas disposiciones mencionadas pertenecen a las pocas en las que el concepto legal de responsabilidad por "*culpa in contrahendo*" ha sido

198 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 306: "Un contrato es nulo si su contenido es imposible." El nuevo BGB es diferente: BGB, Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 306: "Un contrato es nulo si su contenido es imposible o ilícito."

199 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 309: "Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que excluyan o limiten de manera irrazonable la responsabilidad del negocio. Términos que otorguen de manera irrazonable al negocio el derecho de modificar unilateralmente el contrato. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor el pago de un depósito u otro pago anticipado. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor renunciar a su derecho a un reembolso. Artículo 122: "Una persona que haya sufrido daños por culpa de otra persona puede reclamar una indemnización a la persona que causó el daño. Los daños que pueden ser compensados incluyen los gastos médicos, la pérdida de ingresos, el dolor y el sufrimiento, y la angustia emocional." El BGB en su versión 2022, es diferente: BGB, Código Civil Alemán (versión 2002): Artículo 309: "Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que perjudiquen de manera irrazonable al consumidor. Términos que excluyan o limiten los derechos legales del consumidor. Términos que exijan al consumidor renunciar a su derecho de emprender acciones legales contra el negocio. Artículo 122: "Una persona que haya sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a una compensación por los daños. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños extrapatrimoniales y daños consecuenciales."

200 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), artículo 134: "Se prohíbe el uso de términos estándar que sean contrarios al orden público. Esto significa que los términos estándar que sean injustos o que violen la ley también son nulos." En cambio, en la versión 2002 del BGB el artículo 134 dice: "Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público."

incorporado en la ley. En el momento de la promulgación de la ley, el desarrollo de esta doctrina aún no se había llevado a cabo, por lo que se explican las dos limitaciones que hoy en día ya no se aplican en la aplicación de la doctrina: la limitación de la obligación de indemnización al interés por el cumplimiento como la cantidad máxima a compensar y la exclusión total de responsabilidad sólo en caso de conocimiento de la otra parte (en lugar de aplicar el artículo 254, párrafo 1).[201] Ambas limitaciones se encuentran también en el artículo 122.[202] Sin embargo, tienen sentido en ese contexto, ya que el artículo 122 se refiere a una obligación incondicional (por la apariencia generada de una declaración de voluntad válida) y no a un caso de "*culpa in contrahendo*". El legislador no era consciente de la diferencia entre estos dos fundamentos de responsabilidad y, por lo tanto, diseñó las consecuencias de la responsabilidad de la misma manera, sin considerar si la responsabilidad según los artículos 307 y 309, por ser una responsabilidad por incumplimiento culpable, debería ser

201 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 254: "Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada." BGB, Código Civil Alemán (versión 2002), art. 254: "Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada."

202 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900), art. 122: "Una persona que ha sido lesionada debido a la culpa de otra persona puede reclamar indemnización de la persona que causó la lesión. Los daños que pueden ser compensados incluyen gastos médicos, salarios perdidos, dolor y sufrimiento, y angustia emocional." BGB (versión 2002), art. 122: "Una persona que ha sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a recibir una compensación por los daños sufridos. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños no patrimoniales y daños consecuenciales."

> configurada de manera diferente a la responsabilidad por ausencia de culpa según el artículo 122. (p. 103-104).

Como se observa, muchos de los artículos citados por Larenz (1987) en su teoría se basan en el antiguo Código Civil de Alemania (versión 1900), donde muchos de ellos han sido remozados en la actualidad (en la versión de la reforma del 2002) para reflejar la teoría del deber de cuidado y el deber de informar, en el marco de los derechos de protección al consumidor, así como lo podemos apreciar en este cuadro comparativo:

Artículos	**BGB[203] versión 1900**	**BGB[204] versión 2002**
§306	Un contrato es nulo si su contenido es imposible.	Un contrato es nulo si su contenido es imposible o ilícito.
§307	Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público.	Un contrato es nulo si su contenido es injusto.
§309	Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que excluyan o limiten de manera irrazonable la responsabilidad del negocio. Términos que otorguen de manera irrazonable al negocio el derecho de modificar unilateralmente el contrato. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor el pago de un depósito u otro pago anticipado. Términos que exijan de manera irrazonable al consumidor renunciar a su derecho a un reembolso. Artículo 122 Una persona que haya sufrido daños por culpa de otra persona puede reclamar una indemnización a la persona que causó el daño.	Los siguientes términos estándar son nulos: Términos que perjudiquen de manera irrazonable al consumidor. Términos que excluyan o limiten los derechos legales del consumidor. Términos que exijan al consumidor renunciar a su derecho de emprender acciones legales contra el negocio. Artículo 122 Una persona que haya sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a una compensación por los daños. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños

203 BGB, Código Civil Alemán (versión 1900).

204 Código Civil Alemán (BGB), 2 de enero de 2002. (Alemania).

Artículos	BGB[203] versión 1900	BGB[204] versión 2002
	Los daños que pueden ser compensados incluyen los gastos médicos, la pérdida de ingresos, el dolor y el sufrimiento, y la angustia emocional.	extrapatrimoniales y daños consecuenciales
§122	Una persona que ha sido lesionada debido a la culpa de otra persona puede reclamar indemnización de la persona que causó la lesión. Los daños que pueden ser compensados incluyen gastos médicos, salarios perdidos, dolor y sufrimiento, y angustia emocional.	Una persona que ha sufrido daños como resultado de la culpa de otra persona tiene derecho a recibir una compensación por los daños sufridos. Los daños que pueden ser compensados incluyen daños patrimoniales, daños no patrimoniales y daños consecuenciales.
§134	Se prohíbe el uso de términos estándar que sean contrarios al orden público. Esto significa que los términos estándar que sean injustos o que violen la ley también son nulos	Un contrato es nulo si su contenido es contrario al orden público.
§254	Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada.	Una persona es responsable de los daños causados por su culpa si ha violado un deber de cuidado. El deber de cuidado se determina según las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la actividad, el potencial de daño y las expectativas razonables de la persona que resultó perjudicada.

Es necesario resaltar que Larenz (1987) vincula el cumplimiento de los deberes precontractuales de informar a la obligación de actuar de buena fe, y que la culpa nace a consecuencia de una actuación de mala fe (p. 1003-104).

Es decir, para Larenz (1987), el papel que juega la buena fe es de crucial importancia en la etapa precontractual, ya sea en deber de informar, deber de cuidado, o en el deber de negociar. Así lo expresa:

> Durante el estado de negociación, las partes contratantes ya están "obligadas" en el sentido de que la renuncia unilateral al contrato, a menos que esté expresamente reservada, es ineficaz. La aprobación expresa tiene efecto retroactivo en el momento de la realización del negocio, a menos que el propósito de la ley exija lo contrario. Ambas partes contratantes están obligadas por "buena fe" a hacer todo lo posible para obtener la aprobación y abstenerse de cualquier acción que pueda obstaculizar su concesión. Esta obligación no surge del contrato en sí (que aún no es efectivo), sino de la relación jurídica precontractual que se establece desde el inicio de las negociaciones contractuales. Quien, por negligencia, impida la concesión de la aprobación está obligado a compensar al otro por los daños y perjuicios en función del "interés en el cumplimiento", siempre que se pueda suponer que de lo contrario se habría concedido la aprobación. (p. 59).

Queda claro que Larenz piensa que las partes ya están en un vínculo jurídico cuasicontractual, cuyas obligaciones vienen prodigadas por la buena fe, de donde derivan los deberes de negociar de buena fe y deberes de informar a la otra parte. Estos deberes tienen su correlato en los derechos, que son accionables por la parte que haya sufrido un daño ocasionado por la culpa de la otra parte. Se entiende que esta culpa está teñida de mala fe.

Entonces, lo que trata de hacer Larenz (1987) es de trasplantar el vínculo jurídico comercial y sus consecuencias en caso de incumplimiento a la etapa precontractual: "Por lo tanto, ha surgido la necesidad de aplicar las disposiciones sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en la relación obligacional" (p. 105). Y es que lo que a Larenz (1987) le preocupa es tratar de no desproteger

a la parte que ha sufrido un daño a consecuencia del comportamiento antijurídico de la otra parte en la etapa precontractual:

> Según la interpretación actual, el simple inicio de las negociaciones contractuales o de un "contacto comercial" preparatorio es suficiente para establecer obligaciones de cuidado y consideración elevadas entre las partes, cuya violación las hace responsables de la misma manera que la violación de una obligación derivada de una relación contractual existente. La razón de esto radica en que aquel que establece relaciones comerciales con otro generalmente espera tratar con un socio que piensa de manera honesta y se comporta de manera leal, y esta "expectativa general de honestidad" merece protección por parte del ordenamiento jurídico, ya que sin ella el comercio sin problemas no sería posible.
>
> Por lo tanto, la iniciación de las negociaciones contractuales o de un contacto comercial equivalente crea una relación especial entre las partes, que, si bien aún no implica una obligación de cumplimiento, sí implica obligaciones de conducta específicas y, por lo tanto, se caracteriza como una relación contractual legal sin una obligación primaria de rendimiento. Esta "relación jurídica de las negociaciones contractuales", como Heinrich Stoll la ha denominado acertadamente, obliga a las partes a ejercer un mayor cuidado y consideración por los intereses del otro y, en caso de incumplimiento de tal obligación, se convierte en fuente de responsabilidad por daños y, por lo tanto, en una obligación secundaria de rendimiento. (pp. 105-106).

De esta manera, Larenz (1987) piensa que al igual que en una relación contractual donde existen obligaciones (bajo cuyo

rompimiento nace la acción resarcitoria), también se debe trasladar el mismo esquema a la etapa precontractual donde existen obligaciones de cuidado, de información y de negociar de buena fe.

El desarrollo de la doctrina de la CIC, para Larenz (1987) tiene su origen en las deficiencias[205] del sistema alemán en el esquema civil extracontractual:

> La doctrina de los deberes de protección derivados de la relación de negociación se desarrolló originalmente principalmente en vista de que el derecho de responsabilidad civil no brinda protección suficiente en muchos casos. Especialmente se buscaba excluir la posibilidad de una prueba de exoneración de responsabilidad según el párrafo 2 del § 831, aplicando en su lugar el § 278 en relación con la relación de negociación. En la actualidad, una opinión extendida es que en caso de (pretendida) eliminación de la prueba de exoneración de responsabilidad del § 831, los casos de violación de un deber de protección precontractual pueden ser juzgados exclusivamente según el derecho de responsabilidad civil, ya que en estos casos también se viola un deber general de tráfico que no existe solo en relación con la otra parte de la negociación. (p. 121).

Es justamente el sistema civil extracontractual moderno el que se encarga de dar cobertura legal a situaciones como las que expone Larenz, por ejemplo, el caso del linóleo (Sentencia VI 240/1911,[206]

205 Kohlhepp (1989) llama a estas deficiencias "injusticias", y cree que la teoría de Ihering se basa en su insatisfacción con la injusticia de la ley existente, la cual consideraba injusta (p. 54). Keller (1997) también cree que Ihering consideró "injustas" estas deficiencias (p. 130). Para Grote (1984), a estas deficiencias del sistema extracontractual las llama "defectos" (p. 108). Según Dolle (1943), estas deficiencias constituirían "lagunas" (p. 83).

206 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

caso *Linoleonfall o Linóleo*) -a analizar en el capítulo II- donde la hija de una potencial compradora resulta herida cuando un par de telas caen encima de ella cuando estaba en tratativas con el empleado de la tienda. Este tema no estaba cubierto por el sistema civil extracontractual, de modo que el ordenamiento creó la CIC para crear el deber de cuidado del vendedor frente a la parte que entra en negociaciones con el empleado de la tienda.

Aplicando los principios de la CIC, en la forma del deber de cuidado, encontramos la ilustración que propone Larenz (1987) donde un vendedor de una casa que no estaba disponible para mostrar la casa al potencial comprador, le encarga al vecino que la muestre, pero se olvida de informarle que existe un peldaño de la escalera suelto y que tuvieran cuidado. A efecto de este error, el potencial comprador resulta lesionado al momento de caerse en ese peldaño suelto. En el sistema tradicional, el lesionado no podría reclamar por sus lesiones contra el propietario, pero gracias a la CIC, y al deber de cuidado, el propietario deberá responder por su negligencia, y para ello se utilizaría el numeral 278[207] (p. 106).

Otro ejemplo que propone Larenz (1987) para graficar cómo la CIC a través del deber de cuidado, puede encontrar responsabilidad en la negligencia de la parte que tiene dicha obligación de cuidado. Es el caso del arrendatario y sus obligaciones de mantener la propiedad en buen estado frente al arrendador (p. 106).

De igual manera, Larenz (1987) explica múltiples situaciones donde la CIC se encarga de socorrer a la parte lesionada en el contexto de una negociación contractual:

207 BGB (edición 1900), artículo 278: "El obligado es responsable de la culpa por parte de su representante legal y de las personas cuyos servicios utiliza para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable por su propia culpa."

> La relación jurídica de responsabilidad derivada del contacto comercial establece un vínculo contractual sin obligación primaria de rendimiento, que incluye tanto deberes de protección o conservación, como deberes de lealtad, en particular los deberes de información, comunicación y discreción. Los deberes de protección surgen cuando una parte expone sus bienes, especialmente su salud y propiedad, a la influencia del otro, como en el caso de una escalera de sótano defectuosa, en el caso de una alfombra de linóleo dañada, en el caso de una "caída por cáscara de plátano", en el caso de un artículo defectuoso entregado a un trabajador o taller para su reparación y dañado debido a su negligencia antes de que se celebre un contrato de obra, así como en el caso de una prueba de manejo realizada por un vendedor de automóviles con un comprador interesado, en la cual el comprador sufre daños debido a la culpa del vendedor o de su empleado. En estos casos, aquel que confía en la diligencia o cuidado del otro está obligado a ejercer la debida diligencia para protegerlo de cualquier daño. (p. 110).

Estos ejemplos que Larenz provee son adaptados por el ordenamiento moderno bajo la responsabilidad aquiliana, el deber de cuidado frente a terceros y no solamente frente a un potencial comprador, bajo el principio *neminem laedere* (no dañar a terceros).

Ahora bien, en cuanto a situaciones de CIC derivadas del deber de lealtad, Larenz (1987) trae a colación casos donde se ha incumplido un deber de información o de negociar de buena fe y con lealtad, cuya fisonomía es independiente de la conclusión del contrato:

> Los deberes de lealtad y protección se basan no en el contrato posteriormente celebrado, sino que surgen

> independientemente de si se llega o no a un contrato, desde el inicio de las negociaciones contractuales o de un contacto empresarial preparatorio. La iniciación de las negociaciones contractuales o de un contacto empresarial se considera un acto real y no un contrato legal. La responsabilidad no se basa en un comportamiento socialmente típico, como ocurre en una relación de deuda, sino exclusivamente en el derecho objetivo (no escrito), en última instancia en el principio de "buena fe y lealtad." (p. 109).
>
> Los deberes de lealtad se refieren a la obligación de informar al otro sobre circunstancias que podrían impedir la celebración del contrato o frustrar el propósito contractual del otro. (p. 110).
>
> Quien incumpla culposamente una obligación de conducta derivada de la "relación jurídica de negociaciones contractuales" debe indemnizar al otro... por el daño sufrido como resultado. Por lo tanto, debe ponerlo en la misma posición en la que estaría si hubiera cumplido con su deber de diligencia, cuidado o información. (p. 112).

Con ello queda clara la teoría de Larenz. Para este autor, la CIC es una doctrina que tiende a crear un vínculo jurídico especial en la etapa precontractual guiado por deberes de cuidado, de información y de negociación con lealtad, donde frente al incumplimiento de cualquiera de estos deberes, la parte afectada tiene derecho al resarcimiento o indemnización.

Como podemos apreciar, la CIC que nace con Ihering y se fundamenta en la diligencia (y no en la buena fe), como figura contractual, pasa a ser un *dolo in contrahendo* cuando la doctrina posterior se aparta de la diligencia como motor de esta responsabilidad precontractual y abraza la buena fe (que se presume) como motor

de la teoría, con la consecuencia inevitable de incluir su correlato dialéctico (la mala fe, el dolo o el engaño) como elemento central de la teoría (cuyo dolo o mala fe debe probarse), con lo que la teoría pasa a convertirse en un *dolo in contrahendo*, y donde la RINP (ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares") -como lo veremos en el capítulo siguiente- se convierte en una ruptura "maliciosa de negociaciones preliminares. Esta "integración" de la CIC ha llevado a equiparar la CIC con la figura del *misrepresentation* del *common law* (como lo veremos en el capítulo III).

2.2.4. Figuras alternativas al dolo *in contrahendo* y la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares

A) La teoría de las estancias sucesivas

Preliminarmente, Valdés Duque (1991)[208] piensa que la obra de Faggella fue el primer intento serio de estudiar la responsabilidad precontractual de manera concienzuda.

La influencia de Faggella en la normatividad italiana ha sido notable. Por su parte, Monsalve-Caballero (2013, p. 129) señala que los primeros veinticinco años de jurisprudencia en Italia estuvieron inspirados en las teorías de Faggella.

Ahora bien, estudiando la obra de Faggella (1918) podemos sostener que el autor consideraba que la mayoría de los contratos van precedidos de un período preparatorio, que es esencial para la formación del contrato. El documento delimita tres fases diferenciadas del periodo precontractual:

208 Valdés Duque (1991) expone: "El gran mérito de Faggella fue sin duda; ser la primera vez que un autor estudió en profundidad el período contractual que hasta entonces no había merecido una excesiva atención por parte de la doctrina. Asimismo, hay que considerar como innovadora su tesis sobre la existencia de una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares." (p. 64).

1.- Concepción y elaboración (el momento preformal de la oferta)[209]
2.- Perfección o realización de la propuesta (el momento de perfección)[210]
3.- Activación (el momento operativo). Señala, además, que estas fases pueden repetirse, ya que pueden surgir negociaciones y contrapropuestas (p. 5-7).[211]

Entonces Faggella (1918) analiza el tercer momento del período precontractual, que comienza con la propuesta y finaliza con la perfección del contrato (p. 8). Ahora bien, este autor distingue dos momentos en el movimiento de una oferta: el primero desde el inicio de la declaración hasta la aceptación, y el segundo desde la aceptación hasta la finalización del contrato (p. 51).

Asimismo, Faggella (1918) analiza la importancia de la *actio in factum* en el derecho romano, que permitía la ejecución de reclamaciones que no estaban reconocidas por el derecho civil (p. 47), y analiza la posibilidad de que la *actio in factum* pudiera haber sido utilizada para proteger al negociador durante el período precontractual

De otra parte, Faggella (1918) estudia las obras anteriores de Ihering, Windscheid y Saleilles, y concluye que todas estas teorías son arbitrarias o inexactas y las agrupa en tres categorías: las que se basan en elementos contractuales, las que se basan en motivos

209 En esta etapa preparatoria, Ferro (1999) también encuentra responsabilidad o CIC vinculada a un comportamiento "contrario al deber general" de buena fe en la fase preparatoria de un contrato (p. 100).

210 Según Saleilles (1907) las tres etapas serían: negociación, formulación de proyectos y emisión de ofertas (p. 710).

211 Saleilles (1907) hace referencia al trabajo de Faggella en estas fases, destacando específicamente su descripción de la fase de oferta. Para Saleilles la oferta es sólo uno de muchos actos jurídicos que contribuyen a la formación de un contrato (pp. 708, 730).

penales o cuasi penales y las que se basan en la buena fe y la confianza (p. 75); y considera que la primera teoría es criticada por su dependencia del concepto de malicia. La segunda teoría es criticada por su dependencia del principio de buena fe y cree que el principio de buena fe no es un principio general y absoluto en el derecho positivo (p. 78).

De modo que, Faggella (1918) propone una nueva teoría de la responsabilidad precontractual. La teoría se basa en la doctrina esbozada para otros períodos contractuales. La propuesta se caracteriza por tener un carácter dual, en el sentido de que puede ser considerada desde dos perspectivas diferentes. La primera perspectiva considera la propuesta como parte del proceso contractual, mientras que la segunda perspectiva considera la propuesta como un valor jurídico independiente (p. 79).

Por otra parte, Faggella (1918) analiza el concepto de "interés negativo" y sostiene que es ilegal, sosteniendo que se debe compensar el valor de la propuesta destruida y los daños causados por la destrucción (p. 85).[212]

Faggella (1918) también menciona como relevante el hecho que Saleilles haya prestado atención a su teoría (p. 91), pero critica a Ihering sosteniendo que su CIC pero sostiene que no se corresponde con la realidad del fenómeno jurídico (p. 92).

Lo que analiza Faggella (1918) es un sistema objetivo de responsabilidad sin culpa, sin embargo, su propia teoría no se basa en este concepto (p. 123), y sostiene que la responsabilidad precontractual tiene sus raíces en la voluntad del que se retira y en la destrucción de un valor jurídico-económico, distinguiendo su teoría

212 Por su parte, Ferro (1999) piensa que los "intereses negativos" deberían limitarse a los gastos incurridos en la celebración del contrato preliminar y no a la pérdida de otras oportunidades de celebrar el contrato (p. 18).

de las teorías del delito o cuasi delito y sostiene que no se trata de una obligación contractual (p. 128).

Por otro lado, Faggella (1918) analiza los diversos elementos económicos y legales que pueden verse afectados por el retiro de las negociaciones, como el tiempo, el trabajo y los recursos (p. 130), y cree que no es necesaria el dolo o negligencia para establecer la responsabilidad, ya que surge de un "principio supremo" que el autor ha formulado. El autor contrasta este principio con las teorías tradicionales que se basan en conceptos de malicia o negligencia, así como con las teorías modernas que se centran en el daño objetivo (p. 131).

Luego Faggella (1918) analiza el concepto de responsabilidad por el "hecho de las cosas" (du fait des choses), que se basa en un vínculo causal puramente objetivo. El autor sostiene que este concepto a menudo se pasa por alto y que no se tiene en cuenta la verdadera causa jurídica del fenómeno (p. 132).

Faggella (1918) sí estudia las teorías objetivas que abogan por el reconocimiento del daño objetivo como fuente de responsabilidad, y las teorías subjetivas. También analiza la doctrina del riesgo,[213] que sostiene que el agente debe soportar las consecuencias de sus acciones si son peligrosas para los demás, y menciona a Saleilles como un firme defensor de esta doctrina (pp. 133-135); también analiza otro grupo de teorías que sostienen que la responsabilidad debería basarse en criterios empíricos, como la naturaleza peligrosa de la empresa o el poder económico del perpetrador (p. 137).

213 Para Ferro (1999) cuanto más cerca están las partes de llegar a un acuerdo, mayor es el riesgo que asumen. Sostiene que la confianza en la celebración del contrato no tiene nada que ver con la obligación de actuar de buena fe, sino que afecta a la evaluación del riesgo asumido por la parte. Analiza el concepto de "causa justa" y sostiene que debe interpretarse de manera restrictiva (p. 85).

Entonces, la novedad de Faggella (1918) es discernir tres etapas en la formación de los contratos y analizar que si una de las partes se retira prematuramente de las negociaciones, se considera ilegítimo y puede resultar en un desperdicio de recursos para la otra parte (p. 41), asimismo analiza el concepto de responsabilidad precontractual, que surge cuando una de las partes viola los términos de las negociaciones (p. 42); sosteniendo que la retirada prematura del consentimiento puede dar lugar a la responsabilidad del reembolso de gastos y costas (p. 43).[214] También sostiene que hay dos causas principales para esta responsabilidad: la primera es la necesidad de compensar el trabajo preparatorio y la segunda es la destrucción del valor ajeno. Y la responsabilidad se limita al reembolso de gastos y costas, salvo que las partes acuerden ampliarla (p. 44).

Por su parte la teoría fe Saleilles se funda en las concepciones de Faggella.[215] Lo que le interesa a Saleilles (1907) es la "equidad" y la "justicia comercial" en la responsabilidad precontractual (pp. 48, 49).

Saleilles (1907) también considera que la responsabilidad precontractual tiene etapas previas a la contratación y que la oferta marca el final de la fase preparatoria y el inicio de la fase jurídica. Señala que la oferta es un acto jurídico, ya que puede dar lugar a la formación de un contrato (p. 7). El autor analiza la diferencia entre abandonar o romper las negociaciones preliminares y revocar una oferta, sosteniendo que en el primer caso se ha producido un acto jurídico, mientras que en el segundo las partes aún no han llegado a la fase decisiva (p. 9).

---

214 Ferro (1999) identifica el derecho al reembolso como una aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Asimismo, distingue entre gasto y daño. Sostiene que, si bien un gasto siempre es legalmente relevante, la cuestión no es identificar el gasto, sino más bien identificar el tipo de propiedad sobre la que debería impactar el gasto. De la misma forma, Hace referencia a la distinción tripartita entre gastos necesarios, útiles y voluntarias (pp. 119-125).

215 Saleilles (1907) elogia el trabajo de Faggella por su profundidad y análisis (p. 705).

Para Saleilles (1907) las etapas precontractuales serían en realidad cuatro:

1).- Fase preliminar: En la fase preliminar o de negociación, las partes no están sujetas a ninguna obligación, sino que simplemente están trabajando para estructurar un contrato potencial (fase de negociación donde las partes discuten y acuerdan puntos clave).
2).- La fase de formulación del Proyecto: las dos partes sintetizan los acuerdos alcanzados para crear un proyecto global).
3).- La fase de oferta: La fase de oferta es cuando una parte hace una oferta definitiva a la otra, que luego se formaliza en un documento oficial
4).- La fase de aceptación. La fase de aceptación es cuando la otra parte acepta o rechaza la oferta. (Saleilles, 1907, p. 16).

Saleilles (1907) sostiene que las dos primeras fases de la responsabilidad precontractual (negociación y formulación del proyecto) tienen valor jurídico, aunque a menudo se las considere meras manifestaciones fácticas (p. 17). También Saleilles (1907) sostiene que las negociaciones entre dos partes ya tienen valor jurídico, aunque no sean decisivas, haciendo referencia a una idea de Faggella, que sostiene que estas negociaciones se componen de acuerdos sucesivos que son verdaderas convenciones, aunque no pretendan crear ninguna obligación vinculante (p. 18).

Saleilles (1907) piensa que, si una parte se retira de las negociaciones sin justificación, está actuando de mala fe es responsable de daños y perjuicios (p. 24). De nuevo vemos la referencia a la mala fe que se asemeja a la concepción de la misrepresentation.

De la misma manera, Saleilles (1907) considera que el interés negativo indemnizable no incluye lucro cesante, oponiéndose a

incluir las oportunidades perdidas como parte de esta compensación, ya que sólo existe un vínculo causal indirecto entre las negociaciones y estas oportunidades perdidas (p. 31).

De la misma forma que Faggella, Saleilles (1907) sostiene que el fundamento de la nulidad no debe encontrarse en la prueba de una falta o cuasidelito, sino en la idea de una garantía implícita en un acto de aquiescencia voluntaria, haciendo referencia al trabajo de Faggella, quien defiende esta idea de garantía (p. 34).[216]

En este sentido, Saleilles (1907) también sostiene que la violación del uso es el factor principal para determinar la responsabilidad, más que la idea de culpa. De igual forma hace referencia a ideas expuestas por Faggella, que separan la responsabilidad de la culpa (p. 51).[217]

Ahora bien, el "principio supremo" al que Faggella (1918) se refiere es el principio de que la fuerza de la voluntad (p. 28), es decir libertad de la voluntad, que permite a las personas ejerzan su autonomía en las relaciones jurídicas (pág. 161), y por ende la responsabilidad surge de él, incluso sin malicia o negligencia (p. 66, 153-155, 168). En otras palabras, la revocación de una propuesta destruye un valor legal y económico para el destinatario y que esta destrucción debe ser compensada (p. 81). Asimismo, este principio supremo, es anejo al "principio objetivo de justicia natural" y un "gran principio ético-jurídico" (p. 100).

Es importante destacar que Faggella (1918) sostiene que "la mala fe o la negligencia" no son necesarias para establecer la responsabilidad

216 Saleilles (1907) reconoce que la teoría de Faggella no es del todo clara en algunos aspectos, y que puede haber sido mal interpretada o extrapolada en algunos puntos (p. 41).

217 Sin embargo, Saleilles (1907) está de acuerdo con Faggella, quien sostiene que una oferta siempre debe ser revocable, independientemente de las circunstancias. Luego Saleilles critica el argumento de Faggella por ser excesivamente doctrinario y basarse en una visión excesivamente individualista del derecho (p. 734).

precontractual (p. 33, 76). En otras palabras, el principio "supremo" de Faggella se basa en la voluntad, la libertad y su fundamento ético-jurídico. Según esta perspectiva, la responsabilidad de la parte que se retira de las negociaciones se fundamenta en dos factores clave: el consentimiento para negociar y la generación de pérdida de valor para la otra parte (pp. 43, 44).

No obstante, en la práctica, como veremos en la jurisprudencia italiana del anexo III, la ruptura injustificada de negociaciones preliminares se ha vinculado con el dolo y la mala fe, los cuales deben ser demostrados. En este contexto, la buena fe está necesariamente relacionada con el dolo. El aporte de Faggella y Saleilles, como hemos visto, consiste en analizar las etapas de formación de la responsabilidad precontractual y su efecto subsiguiente en la oferta y el contrato.

B) La teoría del contacto social y contacto social calificado

Esta teoría fue ideada por Dolle (1943), donde el contacto social se refiere a la interacción entre individuos que se relacionan en el contexto legal sin formalizar un contrato.[218] Los acuerdos que preceden a la firma de un contrato constituyen una forma de contacto social, generando una dinámica de confianza que da origen a ciertas obligaciones (Schuldpflichten) que encuentran sustento en los apartados 157[219] y 242[220] del BGB (Código Civil Alemán) (pp. 67-102), sobre todo para establecer la obligación de informar (p. 86).

218 Ferro (1999) afirma que el "contacto social" entre las partes en el período precontractual no es suficiente para calificar la responsabilidad como contractual (p. 111).

219 El artículo 157 del Código Civil Alemán BGB señala: "Los contratos se interpretarán de acuerdo con la intención de las partes, teniendo en cuenta la buena fe y la práctica habitual."

220 Artículo 242 del BGB: "El deudor tiene la obligación de actuar de acuerdo con los requisitos de la buena fe, teniendo en cuenta la práctica habitual."

Dolle (1943) sostiene que la *culpa in contrahendo* no es la forma correcta de entender la responsabilidad de quien daña la propiedad de otra persona durante la negociación del contrato, sino que la responsabilidad surge del contacto social entre las dos partes (pp. 72, 74-75). Asimismo, sostiene que la clave para determinar si existe o no una obligación es examinar el contacto social específico entre las partes involucradas, concluyendo que no son las negociaciones contractuales las que crean deberes, sino más bien el contacto social el que pone los bienes vitales de uno bajo el cuidado de otro (p. 74). Sostiene que cuando la responsabilidad surge del propio ámbito jurídico, la persona que entra en la vida o confianza de la otra persona tiene el deber de preservar ese ámbito (p. 78). De esta forma, Dolle (1943) sostiene que el término "relaciones contractuales" es engañoso porque las relaciones discutidas no surgen de un contrato y no están sujetas al derecho contractual, utilizando el término "obligaciones extralegales" para evitar confusiones, ya que el término "relaciones contractuales" es engañoso porque las relaciones discutidas no surgen de un contrato y no están sujetas al derecho contractual (p. 85).

Sin embargo, Dolle (1943) sostiene que estos deberes no son "extralegales" en el verdadero sentido porque se basan directamente en la ley o pueden remontarse a una analogía legal (p. 86). Luego analiza el concepto de "obligaciones externas" que surgen fuera de un contrato formal o de una ley, y analiza tres categorías de deberes: protección, cuidado y mantenimiento; notificación y aclaración; y pago por los servicios recibidos, y analiza la importancia de adherirse a reglas estrictas para el deber de informar con el fin de defender los principios de una comunidad basada en la solidaridad (p. 89). Asimismo, estas obligaciones "externas" surgen fuera de un contrato formal o una ley (p. 93).

Por su parte, Ordoqui Castilla (2017) resume esta teoría del siguiente modo:

> Asume relevancia el momento en que alguien, para lograr un fin, expone sus bienes a la influencia ajena, y especialmente cuando entra en la esfera jurídica dominada por otro. Cuando se produce el contacto social surgen deberes accesorios a partir, especialmente, dl momento en que se establece una relación de confianza. Este contacto social, con un fin de contratar, hace que surjan deberes de lealtad, corrección, todos ellos inspirados en la buena fe con que deben proceder las partes (p. 249).

Por su parte, Haftung (1962) considera que la "verdadera base de responsabilidad" es el "contacto social" que surge entre dos partes (p. 34); sin embargo, menciona que el "arglistiges Verhalten" (comportamiento malicioso) es un factor importante (p. 26), con lo cual se reduciría la teoría a su equiparación con la misrepresentación.

Ihering	Windscheid	Leonhard	Siber	Larenz	Faggella/Saleilles
Un contrato que deviene en nulo por vicios existentes en el período de formación del contrato e imputables a una de las partes. El contrato es válido, pero deviene nulo por una causal en el período precontractual. Su teoría es contractual, se basa en la diligencia y no en la buena fe. Pone énfasis en el interés negativo.	Se enfoca en la teoría del error y las situaciones de invalidez. Igual que Ihering, el contrato se realiza, es válido pero deviene en nulo. Windscheid introduce el concepto de buena fe al sistema de responsabilidad precontractual de Ihering, apartándose de su teoría. Incorpora el concepto de buena fe y analiza el tema del dolo y la culpa lata (negligencia grave).	La teoría de Leonhard dispone que el vendedor que conocía de un defecto del objeto contractual debe comunicarlo al comprador, al amparo del deber de actuar de buena fe en la etapa precontractual. No interesa si el vendedor actuó con dolo o negligencia por cuanto es responsable frente a los daños incurridos por el vendedor. Incorpora el concepto de buena fe sin abandonar el de diligencia.	Al igual que Leonhard, pero se diferencia de él cuando habla de la violación de deberes de información precontractuales, con independencia de la celebración o no de un contrato posterior válido.	Para este autor, la CIC es una doctrina que tiende a crear un vínculo jurídico especial en la etapa precontractual guiado por deberes de cuidado, de información y de negociación de buena fe, donde frente al incumplimiento de cualquiera de estos deberes, la parte afectada tiene derecho al resarcimiento o indemnización.	La existencia etapas progresivas de una responsabilidad en los casos de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares que no pasa por la concepción de buena fe, sino por la diligencia.

3. LA INTEGRACIÓN DEL DOLO EN LA *DILIGENCIA IN CONTRAHENDO*

Como vimos del análisis de los apartados anteriores, la CIC nació como una teoría enancada en la culpa, o sea en la negligencia. Ihering (1861) específicamente advirtió que la buena fe no era el motor de su teoría sino la diligencia (pp. 30-37). Advirtió expresamente que la buena fe se presumía para ambas partes, por lo cual la buena fe no podría ser el motor central de su teoría, y en el desenvolvimiento de sus concepciones trató por todos los medios de distinguir la culpa del dolo y de dejar al dolo aparte.

También vimos que la doctrina posterior a Ihering, incluyó la buena fe como elemento esencial del tramado doctrinal de esta teoría. Al momento de incluir la buena fe, lo que irremediablemente se está haciendo es atraer a su correlato dialéctico contrario (la mala fe o el dolo).[221] En el anexo II podemos observar las citas del Digesto[222] referidas a la buena fe y el dolo. A través de la lectura atenta de ese anexo podremos entender que, para el Digesto, la buena fe y la diligencia son figuras centrales y protagonistas de todo actuar humano ya sea dentro de la esfera del derecho privado como público.

En efecto, de la lectura atenta del Digesto, o, mejor dicho, de las citas del Digesto con respecto a la buena fe, entendemos que muchas veces se define como la ausencia de mala fe, y ésta se equipara con el dolo, el fraude y el engaño.[223] Como quiera que la doctrina seguidora de Ihering abandona, o al menos, cambia de protagonista de esta obra: dejando la diligencia y asumiendo la buena fe, entonces la mala

221 Chaussade Klein (1992) equipara el dolo al fraude o engaño (pp. 35-38), y define el dolo como causa de nulidad cuando resulta evidente que sin el dolo la otra parte no habría celebrado el contrato (p. 17).

222 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

223 Remitimos al lector al anexo II para revisar el sinnúmero de citas del Digesto en este sentido.

fe se convierte en el paso indispensable probatorio para que un actor pueda accionar bajo la CIC.

De modo que la *diligencia in contrahendo* de Ihering pasa a dar paso al *dolo in contrahendo*, y consecuentemente la vertiente de la Ruptura injustificada de negociaciones preliminares, pasa a equipararse a la misrepresentación, cambiando su fisonomía por una ruptura maliciosa de negociaciones preliminares.[224]

Este proceso de "integración" donde el dolo se convierte en protagonista central, desplazando a la culpa, trae como corolario que se imponga a la parte actora (que es la parte afectada) la obligación de probar la mala fe (puesto que la buena fe se presume), entendiendo mala fe por dolo o engaño. Este paso probatorio es de suyo complicado y harto problemático.[225] A partir del análisis de los casos del RINP (o ruptura maliciosa de negociaciones preliminares) en el anexo III, a la luz del PE, comprenderemos que la jurisprudencia italiana, alemana, española y francesa equiparan la CIC a este *dolo in contrahendo* o a la ruptura maliciosa de negociaciones preliminares. Asimismo, la jurisprudencia alemana, en muchos casos une la segunda vertiente de la CIC (deber de informar) con la tercera vertiente (deber de negociar de buena fe). Con ello, el dolo termina consumiendo y devorando a la culpa, con el consecuente problema de imposición de un elemento oneroso probatorio en los hombros de la parte actora.[226]

---

224 Stocker (1961) menciona "Obhuts - Sorgfaltspflic ten" (traducido como "deberes de custodia, cuidado") como deberes precontractuales que no son exigibles de forma independiente, pero que pueden dar lugar a una reclamación por daños y perjuicios si es violado. Esto sugiere que la diligencia es un elemento importante de la *culpa in contrahendo* (p. 58).

225 En el capítulo III veremos que la CIC se equipara a la figura de la misrepresentación intencional, donde se debe probar que la falsedad inductora fue no solamente material sino también fraudulenta.

226 Ferro (1999) comprende muy bien este aserto y piensa en la dificultad de demostrar la mala fe en los casos en que una de las partes se retira de las negociaciones en una etapa avanzada del proceso (p. 95).

No es lo mismo probar o tratar de probar que una falsedad fue material[227] en el proceso de gestación de un contrato que probar que dicha falsedad fue fraudulenta, puesto que el fraude incluye y exige ciertos elementos que pasan por la conciencia y la intención de defraudar o engañar.[228]

Nos preguntamos si este proceso de expansión del dolo es justo y eficiente para la parte actora, y juzgando por la casuística, la probanza no es sencilla. Qué gran diferencia con respecto a la misrepresentación que deja la opción para probar la falsedad bajo la férula del Segundo Restatement de Contratos § 161 (b)[229] que exige que la falsedad sea o fraudulenta o material (como preludio para una demanda de rescisión o nulidad con la consecuente restitución), mientras que el Segundo Restatement de Torts § 551 (1)[230] exige que la falsedad sea fraudulenta y material, como paso previo para demandar daños.

Por su parte, la doctrina generalmente ha asumido que Ihering impuso la buena fe como motor de su doctrina (lo cual, como vimos, no es cierto). Asimismo, otro sector de la doctrina piensa al unísono que la CIC debe estar fundada en la buena fe, con lo cual el proceso de expansión del dolo queda totalmente cuajado.[231] Por ejemplo, veamos algunas perlas de la corona.

---

227 Schaumburg (1974) considera que la responsabilidad deriva del del deber de proporcionar información veraz sobre el producto que se vende, concretamente en relación con sus defectos o cualidades (pp. 32, 34, 38).

228 Schmitz (1980) considera que la doctrina puede invocarse en casos de "declaraciones falsas" hechas antes o durante la celebración de un contrato, y luego menciona que durante las negociaciones contractuales se deben evitar declaraciones falsas y que existe la obligación de revelar información que podría ser importante para la toma de decisiones de la otra parte (pp. 87, 89, 90).

229 Restatement (Second) of Contracts (SRC). (1981) § 161(b). (EE.UU.).

230 Second Restatement of Torts (SRT), (1965-1979) § 551 (1). (EE.UU.)

231 Piotet (1963) menciona que el acto de participar dolosamente en un engaño es ilícito y puede generar responsabilidad (p. 110).

Por su parte, Nunes Fritz (2018) considera que la CIC está vinculada a la mala conducta de una parte (Fehlverhalten) antes de que se celebre el contrato (p. 23). Este dolo (Täuschung) constituye un engaño sin el cual la otra parte no habría llegado a contratar (Chaussade Klein, 1992, pp. 45-46). En la misma línea, Laszlo (1996) equipara la mala conducta[232] al engaño (p. 156).

Entonces, el engaño o dolo que induce a la otra parte a contratar, equivale un artificio o artilugio[233] que contraviene la buena fe,[234] generando una impresión falsa de que se formará un contrato en un sentido determinado o cuando alguien engaña a otra parte sobre los beneficios de un contrato, así como lo expone Mousseron (1985, pp. 97-98).

Este dolo o mala fe viene a equipararse a la CIC como elemento central de la significación de la buena fe. Es decir, la buena fe queda definida por un sentido exclusionista para definirlo por lo que no es,[235] o por lo que no debe ser (engañar).[236]

Por su lado, Pouliadis (1982) también interpreta la buena fe como el deber de no engañar a la otra parte y de proporcionar información precisa (p. 173), y también se refiere a un tema que lo veremos en profundidad en el capítulo III (la misrepresentación),

---

232 Esta mala conducta ha sido aludida como "conducta inadecuada" por Caruso (1993, pp. 23-25).

233 Caruso (1993) se refiere a la "scaltrezza" astucia (p. 222). Zuloaga (2019) lo llama "decepción culpable de la confianza legítima", refiriéndose específicamente a que una parte engañe a otra, con lo cual la CIC queda equiparada a las misrepresentaciones (pp. 20 y 31).

234 Para Mustafaraj (2019), la CIC está vinculada a la obligación de actuar de buena fe durante la fase precontractual (p. 80).

235 Para Ferro (1999) la regla de la buena fe tiene un "contenido objetivo" que "reprime la malicia" (pp. 69-71).

236 Otros autores han deslizado la idea de una el concepto de "Mitverschulden" (negligencia contributiva), donde el Gläubiger (acreedor) debe tener cuidado para evitar ser engañado también, tal como lo postula Kakatsakis, S. (2007, p. 168).

puesto que explica que la ocultación intencional de defectos es una responsabilidad por CIC (p. 35).[237]

Ahora bien, en el capítulo II veremos las tres vertientes de la CIC (deber de cuidado,[238] deber de informar[239] y deber de negociar de buena fe[240]). Los últimos dos vectores se entrelazan estrechamente,[241] tal cual lo han entendido los Tribunales de Casación de Alemania, Francia, Italia y España.[242] De modo que la reticencia de brindar información clara y fidedigna puede dar lugar a una misrepresentación que a la larga se traduzca en una acción de rescisión o nulidad. En este sentido, Prata (2018) manifiesta que las consecuencias de proporcionar información falsa o incompleta están vinculadas a la CIC (p. 148), equiparando el dolo con el engaño (p. 163).[243]

Por otro lado, García Rubio (1991) va un paso más allá y argumenta que el elemento clave de la CIC no es la buena fe, sino la "actitud maliciosa" de una de las partes contratantes para engañar a la otra y llevarla a celebrar el contrato (p. 168). Esta perspectiva se asemeja a la figura de la "*misrepresentation*" en el derecho consuetudinario

237 Chaussade Klein (1992) usa el concepto de "reticence" o "reticencia" en la ley francesa, que se refiere a la retención intencional de información para engañar a alguien (pp. 45-46).

238 Para Caldas (2015) la CIC se manifiesta en aspectos como el deber de protección, lealtad, seguridad y cooperación (p. 359). Por su lado, Ganbari (2020) explica que las partes tienen la obligación de cuidarse mutuamente (pp. 745-746).

239 El deber de informar está vinculado al deber de lealtad. Para Lewandowska (2020), la "decencia" y la "lealtad" en las relaciones de derecho civil se refieren a la CIC (p. 39).

240 Para Bogusch (1928), la teoría en última instancia trata sobre la obligación de actuar con la debida diligencia en las negociaciones contractuales (p. 89).

241 Paez-Maletz (1992) estudia el tema del "incumplimiento de los deberes de información" por parte de la parte que se retira de la negociación (p. 239).

242 Remitimos al lector el estudio de los casos de la CIC expuestos en el anexo III de esta obra, analizados a partir de la lupa del PE.

243 Por su parte, Sousa (1995) vincula en tema de los "vicios ocultos" con el concepto de error (p. 147).

(*common law*), a la que se hace referencia en la sección 162(b) del Segundo Restatement de Contratos y la sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts, como veremos en el capítulo III. Esto resulta en una identidad casi perfecta entre la CIC y la "*misrepresentation*.". En este sentido, García Rubio (1991, p. 46) considera que el dolo se equipara al fraude en la contratación o dolo in contrahendo, donde el dolo se refiere al engaño intencional, o sea al ocultamiento vinculado a la *misrepresentation* (pp. 94-95).

En esta misma línea de pensamiento, Choi (1990) vincula el concepto de "dolo" al de la tergiversación (*misrepresentation*) fraudulenta, al amparo del sistema de la "faute précontractuelle" (p. 254-256).

En este mismo sentido, Kovac (2019) piensa que la CIC trata de desalentar comportamientos indeseables[244] como la misrepresentación (p. 13), implicando que la CIC se encuentra fuertemente vinculado a este concepto. En el mismo sentido, Durak (2017) piensa que existe responsabilidad por CIC cuando una parte realiza declaraciones falsas (pp. 246-247).

Como se puede observar, al incorporar la buena fe como un elemento central de la CIC, es decir, al "integrar el dolo en la culpa" la CIC, se presume la existencia de buena fe, mientras que la mala fe debe ser probada, lo que es similar a lo que ocurre con la "*misrepresentation*." Sin embargo, la equiparación más precisa de la CIC se asemeja más a la "*misrepresentation*" que, al PE, ya que en este último no es necesario demostrar el estado mental del actor, es decir, no se requiere demostrar la mala fe o el dolo del promitente.

244 Grote (1984) menciona la "störungsfreien Geschäftsverkehrs" (tráfico comercial sin obstáculos) y la necesidad de un "reibungslosen Geschäftsverkehr" (tráfico comercial fluido) (p. 153).

Demostrar la mala fe o el dolo no es una tarea sencilla, sino más bien ardua y complicada. De esta manera, desde el principio, la figura de la CIC resulta ser menos eficiente que la PE, que no requiere la prueba del estado mental del promitente. Esto puede considerarse injusto, ya que el demandante acude a un tribunal de justicia para reclamar daños inducidos por las representaciones de la parte promitente. Si, además de la prueba de los daños y la confianza quebrantada, se le impone la carga de demostrar el dolo o la mala fe, estamos convirtiendo la CIC en una figura más costosa, gravosa, y menos eficiente y justa que la PE.

En este sentido, Caruso (1993) menciona que, en la mayoría de las jurisdicciones, una representación falsa de hechos relevantes sólo puede proporcionar una causa de acción válida si el demandante puede demostrar mala fe por parte del demandado (p. 54). En este sentido, Loser (2006) vincula la CIC con las tergiversaciones de mala fe al proporcionar información falsa (p. 55). Esta falsedad, que viene catalogada como engaño (fraude o dolo en el Digesto) lo podemos apreciar en toda su magnitud en el anexo II, y es justamente cómo Bohrer (1980) considera que de la falsedad deriva la responsabilidad (p. 111), es decir, a partir del dolo nace la responsabilidad.[245]

Bohrer también discute los deberes de divulgación y notificación relacionados con las tergiversaciones (pp. 122-123). De manera similar, Drexler (1998) señala la importancia de revelar hechos de "importancia esencial" para la decisión de la otra parte (pp. 10-11). Es en este punto donde es relevante mencionar el tema de la *misrepresentation*, que se analizará en detalle en el capítulo III de este trabajo. Sin embargo, en resumen, la *misrepresentation* en el *common law* consta de dos vertientes: una contractual y otra extracontractual. La vertiente

245 En el appendix II se podrá observar la interacción de la buena fe con la mala fe a partir de los textos del Digesto.

contractual se deriva de la Sección 161 (b) del Segundo Restatement de Contratos[246] (que sostiene que una falsedad puede ser material y, por lo tanto, la parte demandante puede solicitar la rescisión y la restitución correspondiente). La otra vertiente (extracontractual) se deriva de la Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts[247] (que esencialmente establece que, en caso de una tergiversación fraudulenta, la parte demandante puede presentar una acción por daños).[248]

La figura de la CIC se adapta perfectamente a esta dicotomía dialéctica entre la naturaleza contractual y extracontractual de la *misrepresentation*, ya que puede adquirir ambas características dependiendo del objetivo perseguido por el demandante. Por lo general, la parte demandante busca una compensación por daños, lo que convierte al fraude en el elemento central de la CIC (dolo, engaño, mala fe). Sin embargo, en esta "integración" de la CIC, que se asemeja a la *misrepresentation* fraudulenta, el dolo acaba devorando a la culpa y hace que la acción sea más difícil de probar que una acción culposa al estilo del PE (tema que se abordará en el capítulo V de este trabajo).

Al incorporar el dolo como elemento central de la CIC, en aras de brindar una mayor protección a la parte demandante, esta figura se encuentra fuertemente vinculada al fraude, lo que dificulta su prueba y la hace complicada. En consecuencia, esto puede resultar injusto para la parte demandante.

---

246 Restatement (Segundo) de Contratos. (SRC), 1981. (EE.UU.)

247 Second Restatement of Torts (SRT). Sección 551. 1965-1979. (EE.UU.)

248 En el mismo sentido, puede consultarse el trabajo de Huang (1974) quien alude a dos tipos de tergiversaciones: "fahrlässiger Willensmangel" (falta de intención negligente) o "vorsätzlicher Willensmangel" (falta de intención intencional), quien analiza cómo los *arglistiges Verschweigen eines Fehlers* (arglistig significa "malicioso" o "fraudulento") es un caso particularmente grave de *culpa in contrahendo*, es decir "arglistig täuschen" (engañar maliciosamente) a la otra parte durante las negociaciones, lo que implica que las tergiversaciones son relevantes para la *culpa in contrahendo* (pp. 124-134).

En lo que respecta a las dos primeras vertientes de la CIC (el deber de cuidado y el deber de informar), que se abordarán en detalle en el capítulo II de este trabajo, el elemento del dolo se encuentra regulado por el orden público o el ius imperium a través de sus leyes objetivas de responsabilidad.[249] Por ejemplo, en casos de accidentes o caídas, o en situaciones de responsabilidad por falta de información a un usuario o a alguien que solicita un préstamo hipotecario,[250] el elemento del dolo se diluye y se absorbe en el marco del orden público.[251]

Sin embargo, en la tercera vertiente de la CIC (el deber de negociar de buena fe), la jurisprudencia ha relacionado estas transgresiones de este deber precontractual con el deber de informar a la otra parte.[252] En este contexto, el tema del dolo ya no se ve desde la perspectiva del

249 Haiduk (1970) hace un análisis interesante en la esfera laboral donde el empleador tergiversa u oculta información para inducir al empleado a celebrar un contrato (p. 29), vinculando esta misrepresentación a la violación de la buena fe (pp. 1 y 70). En este sentido Kaufman (1966) también cree encontrar responsabilidad si el empleador no divulga información que es importante para la toma de decisiones del empleado, considerando una violación de los deberes precontractuales (pp. 56-58). En la misma línea de pensamiento, Gurpinar (2006) analiza un caso en el que un empleado tergiversó sus calificaciones en un currículum, lo que violó una obligación de divulgación precontractual (pp. 45-46).

250 Henke (1997) tiene un análisis de la CIC aplicado al mercado de capitales donde la información es vital para tomar decisiones de la bolsa de valores y la llama "Prospekthaftung" o "responsabilidad del prospecto". Esta responsabilidad surge de información falsa, incompleta o engañosa en los prospectos de inversiones de capital (pp. 23-24). En el mismo sentido, Steininger (1986) analiza cómo la *culpa in contrahendo* puede surgir de no revelar dificultades económicas o de hacer declaraciones engañosas sobre la situación financiera de una empresa (pp. 8, 12).

251 Henke (1997) lo llama "incumplimientos culpables del deber de informar o divulgar"). Esto implica que las tergiversaciones están efectivamente vinculadas a la *culpa in contrahendo* (p. 12).

252 Ya Lliemann menciona varios casos en los que una parte engaña u oculta información a la otra para obtener una ventaja en un contrato (Lliemann, R. (1932). *Culpa en la celebración del contrato (culpa in contrahendo)*. Leipzig: Sad y Montanus. pp. 8-9). Por su lado, Mielke (1963) enfatiza en la necesidad de que las partes revelen información entre sí para poder tomar decisiones informadas (pp. 26-27).

orden público, sino que queda expuesto al escrutinio privado. Aquí, el concepto de buena fe inevitablemente trae consigo la cuestión del engaño o el dolo.

Así, la figura de la CIC se centra principalmente en la prueba de un incumplimiento en la negociación de buena fe (ya que la buena fe se presume mientras que la mala fe debe ser probada). En este sistema de prueba, la CIC se aleja del esquema de responsabilidad objetiva, o al menos se aparta de la *diligencia in contrahendo*, y se acerca al concepto de *dolo in contrahendo*. Esto conlleva la injusticia de imponer una carga probatoria intrínsecamente difícil y gravosa para la parte demandante.[253]

De esta manera, la Ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares (RINP) - como hemos mencionado - se convierte en una ruptura "maliciosa de negociaciones preliminares (RMNP)", donde el deber de informar desempeña un papel crucial,[254] ya que la ocultación de información[255] o la divulgación[256] de información falsa[257] con malas intenciones constituyen el núcleo de la figura de la RMNP.[258]

---

253 En el mismo sentido, Keller (1997) considera que el principio de "Treu und Gluaben" (buena fe) no es un elemento clave sino más bien los "tatsichlichen Umstinde" o circunstancias fácticas a las que el ordenamiento jurídico asigna un significado jurídico específico, (p. 54).

254 Grote (1984) menciona la "Fehlinformation" (desinformación) como una forma en que una parte puede violar el deber de buena fe en las negociaciones precontractuales, y analiza el concepto de: "Schutzpflichtverletzungen" (violaciones de deberes protectores) que implican tergiversaciones (pp. 95, 102 y 105).

255 Liemann (1932) cree que la *culpa in contrahendo* surge de tergiversaciones, como cuando un vendedor no revela información sobre un producto o cuando una parte hace declaraciones falsas durante las negociaciones contractuales (pp. 8-9)

256 Paez-Maletz (1992) tiene un interesante trabajo sobre este tema y vincula la CIC con una falta de divulgación de información (pp. 246-248).

257 Nickel (2004) considera que la CIC puede surgir de una "información falsa o nula" proporcionada a la parte perjudicada antes de la celebración del contrato. Esto sugiere que las tergiversaciones pueden estar vinculadas a *culpa in contrahendo* (p. 44).

258 Para Drexler (1998) la responsabilidad por CIC está relacionada con el deber precontractual del vendedor de actuar con cuidado y veracidad. (p. 109). Ehinger

De esta forma, la buena fe, se convierte (junto al dolo) en el elemento que utiliza el orden público para controlar contratos indeseados[259] o para tratar de llenar vacíos legales a través de la figura del engaño o del fraude.[260]

Sin embargo, al intentar regresar a los orígenes de la teoría de la CIC (diligencia en contrahendo) de Ihering (1861) y volver a incorporar la diligencia como figura central de la CIC, se encuentra con la realidad de que el dolo ha dominado el debate. Como resultado, la diligencia compite con el dolo para que la culpa o la negligencia se deriven de la diligencia, lo que teóricamente podría relegar la buena fe a un segundo plano.[261]

De esta manera, la buena fe (o más precisamente, el dolo) se convierte en un poderoso instrumento de control social[262] a través del sistema jurídico.[263] No tenemos objeciones en cuanto a las dos

---

(2014) más recientemente se ha referida a la "Falschinformation" (información errónea) y la celebración del contrato son los puntos de partida para la reclamación de daños y perjuicios (p. 183).

259 Keller (1997) menciona la necesidad de controlar los "contratos objetivamente indeseables" (p. 57).

260 Liemann (1932) cree que "Treu und Glauben" (buena fe) es la base para llenar los vacíos legales con el fin de establecer la responsabilidad por culpa en contrahendo (p. 13).

261 Liemann (1932) menciona que la CIC requiere dolo o negligencia, lo que implica que la buena fe no es el elemento clave (p. 24). En el mismo sentido, Mielke (1963) cree que la Buena no es el único motor de la CIC, por mucha raigambre que tenga (p. 34).

262 Grote cree que la doctrina utiliza el concepto de buena fe a menudo como un "instrumento multiuso" para lograr casi cualquier resultado sin adherirse a los valores y el sistema de la ley. Esto sugiere que la buena fe puede no ser el elemento clave que todos creen (Grote, T. (1984). *La responsabilidad personal de terceros como aplicación de la culpa in contrahendo.* Bochum-Alemania: Dr. N. Brockmeyer, pp. 6-7). Por su parte, Loges (1991) la CIC es una "institución jurídica elástica" que está "sobrecargada" cuando se trata de casos en los que se considera responsables a personas debido a una "medida de fomento de la confianza" (p. 25).

263 Schmitz (1980) considera que el "Rechtsgrund der Haftung aus *culpa in contrahendo*" es el "Interesse der Allgemeinheit wie des Einzelnen an einem funktionierenden Rechtsverkehr" (traducido: la base legal para la responsabilidad por *culpa in*

primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar), ya que en ambos sistemas (*civil law* y *common law*) la equiparación en cuanto a la defensa del consumidor ha reducido las diferencias.[264] El problema surge en el tercer aspecto, que es el deber de negociar de buena fe, ya que implica la obligación de negociar sin dolo o fraude[265] (ya que en la práctica se presume la buena fe y se debe probar la mala fe[266] o el dolo).[267]

Por lo tanto, la parte demandante debe basar su demanda en el estado mental de la parte infractora para demostrar su mala intención y, en consecuencia, su incumplimiento de un deber de negociar de buena fe. Como hemos observado, no sólo la carga de la prueba es más complicada, sino que, en la práctica, la CIC se asemeja más a la figura de la *misrepresentation* que a la PE. Avanzamos que en el capítulo III analizaremos casos de RINP desde la perspectiva del common law, y en el anexo III los casos del PE desde la perspectiva de la RINP. Sin embargo, como el lector puede anticipar, la comparación

---

contrahendo es el interés de la comunidad, así como el del individuo en un tráfico legal que funcione). Esto sugiere que el elemento clave no es la buena fe, sino el buen funcionamiento del tráfico legal (p. 58).

264 Por su parte Simonsen (1997) considera la "lealtad" y las "buenas prácticas comerciales" en la fase de contratación, y menciona que la doctrina se basa en una "lojalitetsplikt" u "obligación de lealtad" en noruego (pp. 37-68).

265 Meliger (1898) analiza el concepto de "bona fides" (buena fe) y sostiene que no es un principio útil para comprender el derecho contractual. Sostiene que el principio de "buena fe" es demasiado general y no distingue entre diferentes tipos de instituciones jurídicas, también analiza las opiniones de varios juristas, incluidos Thöl, Goldschmidt, Bechmann y Bekker, y se opone al uso de la "buena fe" como base del derecho contractual y, en cambio, aboga por el "Veranlassungprinzip" (principio de causalidad) (p. 134).

266 Simonsen (1997) cree que la "lealtad" y la "justicia" son importantes en las negociaciones precontractuales y que "la mala fe consistiría en cualquier comportamiento que engañe la confianza de la otra parte" (pp. 167-174).

267 Por ejemplo, Schmitz (1996) se refiere a la buena fe en las negociaciones de manera excluyente, es decir el deber de no actuar de mala fe hacia la otra parte durante las negociaciones (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 30-33).

no es favorable, ya que la PE no se enfoca en la intención, sino que se rige por un sistema más objetivo, lo que la hace más eficiente que la CIC.

Por lo tanto, como veremos en los futuros capítulos, hay una disyuntiva con respecto a la CIC. O bien la CIC queda subsumida en el *dolo in contrahendo* (donde el dolo termina por prevalecer sobre la culpa mediante la incorporación de la buena fe),[268] o se adopta un modelo mixto similar al de la *misrepresentation* del *common law*, donde la rescisión es el remedio para una *misrepresentation* no intencional,[269] mientras que el sistema extracontractual requiere la prueba del fraude para reclamar daños.[270]

Como respuesta a esta disyuntiva algo antitética y contradictoria (contradictoria porque la violación a la buena fe no puede ser culposa), la casuística se ha resuelto por vincular el tema de la CIC a la responsabilidad extracontractual donde la mala fe debe probarse, coronando el reinado de la buena fe sobre la diligencia.[271]

Por ello es que Steinberg (1986) menciona que el vendedor sólo es responsable de los daños y perjuicios si "maliciosamente" (arglistig) ocultó un defecto (pp. 16, 100), y vincula estos artilugios al tema de las tergiversaciones fraudulentas (o *misrepresentation*) analizando

---

268 Schaumburg piensa que la CIC es la concretización de la buena fe durante las negociaciones contractuales (Schaumburg, H. (1974). *Garantía por defectos materiales y culpa precontractual. §463 BGB y culpa in contrahendo*. Colonia: Peter Hanstein Verlag, pp. 30-31).

269 Simonsen (1997) cree que el derecho inglés no acepta la doctrina de *culpa in contrahendo*, y que la buena fe no es un principio general en el derecho contractual inglés (p. 141); sin embargo, en el *common law* americano, la situación es diferente, así como lo veremos en el capítulo III de este trabajo.

270 Por su parte Nickel (2004) cree que el concepto de CIC puede invocarse en casos de "fahrlässiger Irreführung" (tergiversación negligente) y "vorsätzlichen Verhaltens" (comportamiento intencional) (pp. 192-193).

271 Schaumburg (1974) menciona que la doctrina de la CIC fue desarrollada como una "concretización del principio de buena fe" inherente al pensamiento jurídico (p. 67).

la posibilidad de responsabilidad por "arglistige Täuschungen" (tergiversaciones fraudulentas) en el contexto de negociaciones contractuales, lo que implica que existe un vínculo (págs. 96-97).[272]

Ahora bien, tal como lo veremos en el capítulo II de este trabajo, las dos primeras vertientes de la CIC (deber de cuidado y deber de informar[273]) no son sino réplicas del sistema del Digesto. El deber de cuidado y la estructura extracontractual, por ejemplo, ocupa sin ningún problema el tema de accidentes de construcción o accidentes automovilísticos,[274] caídas u otras situaciones no contractuales que nacen a consecuencia de la negligencia de una parte. No hay ninguna necesidad de recurrir a la CIC y crear un entorno contractual para que actúe un sistema objetivo de responsabilidad extracontractual (nos estamos refiriendo por ejemplo al caso del linóleo o Linoleonfall (Sentencia VI 240/1911).[275]

Asimismo, la segunda vertiente de la CIC referida a la obligación de informar, como lo veremos en el capítulo II, tal obligación nace desde el Digesto con toda claridad y contundencia. Las citas del Digesto pertinentes a esta obligación son reproducidas en el capítulo II. De modo que tampoco existía ninguna necesidad de recurrir a la buena fe como motor de la CIC para proteger al consumidor, sino que ya la naturaleza de las normas impelía a una obligación de informar.

---

272 Steininger (1986) considera que una empresa puede ser responsable de CIC debido a "underlassener Aufklärung oder irreführender Angaben" (aclaración omitida o información engañosa) (pp. 112, 114).

273 Simonsen (1997) menciona la *culpa in contrahendo* en el contexto del deber de revelar información (p. 62).

274 Schmitz analiza los "Schutz und Verkehrspflichten" (deberes de protección y tránsito) y que se utiliza para proteger contra la conclusión de contratos desventajosos (Schmitz, M. (1996). ONU *falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 58-62).

275 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

Es decir, la obligación de informar[276] venía impelida por el propio Digesto sin necesidad de recurrir a la buena fe como motor de la CIC. Por ejemplo, en el *common law*, dicha obligación de informar existe sin necesidad de recurrir a la buena fe.

De modo que las dos primeras vertientes de la CIC resultan innecesarias dogmáticamente hablando.[277] De otra parte, en cuanto a la tercera vertiente de la CIC: la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (que en sí es una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares "RMNP") tiene su partida de nacimiento en el derecho italiano (así como lo veremos en el capítulo II donde el articulo 1337[278] CC italiano incluye el deber de negociar de buena fe.

Como hemos examinado hasta ahora, y como profundizaremos en el capítulo II, la Ruptura Maliciosa de Negociaciones Preliminares (RMNP) equivale efectivamente al dolo in contrahendo. En la casuística práctica, como lo evidenciaremos en los casos de los Tribunales de Casación en España, Francia, Italia y el Tribunal Federal Alemán (en el anexo III), esta vertiente de la CIC se interpreta como un *dolo in contrahendo*, y en muchas ocasiones, el deber de informar se entrelaza y se vincula con la RMNP,[279] lo que convierte al *dolo in contrahendo* en una figura bastante equiparable a la *misrepresentation*.[280]

---

276 Para Reder (1989) una de las categorías generales de *culpa in contrahendo* es "Aufklärungspflichtverletzungen bei Zustandekommen eines nicht erwartungsgerechten Vertrages", que se traduce como "violaciones del deber de informar" cuando un contrato no es como se esperaba. Esto implica que la *culpa in contrahendo* está vinculada a tergiversaciones (pp. 20-21).

277 Kohls (1990) ha puesto énfasis en la perenne ambigüedad de la *culpa in contrahendo* (p. 39).

278 Código Civil italiano [CCI], art. 1337, 16 de marzo 1942 (Italia): que decía: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

279 Reder (1989) analiza cómo puede surgir *culpa in contrahendo* cuando un posible socio contractual hace declaraciones falsas durante las negociaciones (p. 106).

280 En esta línea de pensamiento, Schmitz (1996) cree que la "*Misrepresentation*-Lehre" es una de las excepciones al principio de "caveat emptor" y puede verse como

De ahí que la CIC, ya sea bajo la forma de dolo *in contrahendo* o RMNP, fortalece la supremacía del dolo[281] sobre la diligencia.[282] En contraposición, no es adecuado compararla con el *promissory estoppel* (PE), que surge como una solución a las limitaciones de la consideración en el contexto contractual. El PE es una figura más estructurada y eficaz, dado que no está sujeta a disputas sobre si es de naturaleza contractual o extracontractual, y es más justa, ya que no exige que el demandante demuestre la existencia de dolo para hacer valer sus reclamaciones, ya que se basa en circunstancias objetivas en lugar del estado mental[283] del demandado.

Por otro lado, al avanzar en el estudio de los casos de la RINP (Ruptura maliciosa de negociaciones preliminares) que se puede considerar como "dolo in contrahendo" en las jurisdicciones de Italia, Alemania, España y Francia (que se aborda en el Anexo III), podríamos resumir de manera concisa cómo los tribunales superiores de estos países (la Corte de Casación en Italia, España y Francia, o la Corte Federal en Alemania) abordan el tema de la CIC (*culpa in contrahendo*) y cómo la mala fe o el dolo influye en la conceptualización de la CIC.

---

un "sustituto de la *culpa in contrahendo*," y menciona que la *culpa in contrahendo* puede surgir de "Täuschung" (que se traduce como "engaño") o de una falta de divulgación. Específicamente, analiza cómo una parte puede ser responsable de *culpa in contrahendo* si participa en "arglistige Täuschung" (engaño malicioso) o "widerrechtliche Drohung" (pp. 98-110).

281 Simonsen (1997) menciona que la "mala fe" genera responsabilidad para la parte que negocia de mala fe (p. 65).

282 En este sentido se puede consultar el trabajo de Schmitz menciona la importancia de "treu und glauben" (traducido como "buena fe") en las negociaciones contractuales, para evitar conductas fraudulentas (Schmitz, M. (1996). *ONU falsificación y culpa en contrahendo.* Frankfort: Peter Lang, pp. 155-156).

283 Meliger (1898) criticó a Ihering, en especial su principio de "sin culpa no hay reclamación por daños" y sostiene que es lógicamente inconsistente, considera que al comprador no le preocupa si el error del vendedor fue intencional o no, y que la declaración de Ulpiano respalda esto. Cree además que la interpretación que hace Ihering la "culpa" es lógicamente errónea (pp. 134, 139).

Así, a pesar de la firme oposición de Ihering (1861, pp. 30-37) a la inclusión de la buena fe como motor de la CIC, ya que él propuso la diligencia como el pilar fundamental de su teoría, las teorías posteriores incorporaron la buena fe y desplazaron a la diligencia del rol protagónico que histórica y doctrinalmente estaba destinada a desempeñar. Como resultado de esto, los más altos tribunales en Italia, Alemania, Francia y España han interpretado que la buena fe se presume, y que la mala fe (es decir, el dolo) debe ser probada, lo que hace que la figura de la CIC se asemeje a la *misrepresentation*.

4. FIGURAS SIMILARES A LA CIC

4.1. La Doctrina de los Actos Propios (DAP)

A) Definición de la Doctrina de los Actos Propios (DAP)

La Doctrina de los Actos Propios (DAP)[284] es una teoría que parte del postulado de que ninguna persona puede ir contra sus propios actos o sus propias declaraciones anteriores, so pena de que se declare su posterior acto o declaración incongruente y por lo tanto nula.

Para definir esta importante figura, Diez Picazo (2014), uno de los pioneros, opinó al respecto:

> Quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será un determinado sentido, no puede después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquel sentido objetivo de su conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado en atención a ello su propia situación jurídica (p. 80).

284 Indistintamente "el DAP" o "la DAP" se refieren al mismo concepto.

Esta definición del DAP nos parece muy próxima a la definición del PE en el campo contractual. Veamos por partes: Quien con su comportamiento crea en otro la confianza fundada ("*detrimental reliance*") y razonable de que un derecho subjetivo, una facultad, una pretensión o un medio de defensa no será ejercitado en el futuro o sólo lo será un determinado sentido, no puede ("*estoppel*") después llevar a cabo actos de ejercicio que contradigan aquel sentido objetivo de su conducta, si el destinatario de la misma hubiera, en el ínterin, modificado ("substantial change of positions") en atención a ello ("reliance") su propia situación jurídica.

Paso seguido, Diez Picazo (2014) pasa a delimitar los presupuestos de la DAP:

> 1) "Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante. De ahí que si esta viciada (p. ej: por error), pueda el autor atacarla válidamente.
> 2) Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.
> 3) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una **incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe** hubiera de atribuirse a la conducta anterior.
> 4) Que entre la conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos." (pp. 80-81).

B) Buena Fe como fundamento de la DAP

La doctrina se asienta en el principio de la buena fe. De lo que se trata es que "el juez… debe impedir que un pícaro saque beneficio de su malicia o descaro." (López Mesa, 2013, p. 178).

López Mesa (2013) cree que:

> La buena fe es la llave de corte que permite evitar la malicia en ciertos casos de ejercicio disfuncional de derechos o de maquinaciones tendientes a provocar daños a través del uso desviado de resortes legales, inicialmente legítimos. Es decir que constituye un freno a las posibilidades de ejercer los derechos, un valladar que no se puede traspasar en algunos casos o un sendero sin retorno, cuando se han creado expectativas en terceros, o se ha configurado una apariencia de que se actuara de tal o cual manera en el futuro." (p. 123).

Y ante qué principios nos estamos refiriendo. Por ejemplo, al principio de la buena fe. "…La buena fe no equivale a displicencia ni a confianza excesiva, ni a ignorancia supina. La buena fe supone la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de una creencia intuitiva, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar difundida en elemento exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer… la buena fe es un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta…(López Mesa, 2013, p. 117) el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente… en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones… (p. 199).

En otras palabras, la buena fe consiste en un actuar honesto que no se contradiga con los actos propios anteriores ni con dichos propios anteriores.[285]

El artículo 7.1 del Código Civil Español, estipula: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe."[286] Este artículo "es una norma que en su profundo sentido obliga la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la

---

285 Estamos hablando de principios que van más allá del postulado normativo. El mito del legislador perfecto es solamente un mito, la norma no lo es el todo. Las corrientes de la exégesis (que fue la de estudiar y explicar solamente la norma) hicieron que la norma sea elevada a la categoría de una torre de cristal o torre de marfil. Esto es un error, la norma es producto humano, un producto cultural, y como tal está sujeto a errores, porque la norma es tan humana como el hombre y por lo tanto sujeto a errores. Estimar que la norma es perfecta, es pues un mito del racionalismo exégeta de la corriente racionalista del siglo XVIII. López Mesa (2013) diría: "Un exégeta que se precie de tal estaría parado en el cielo de los conceptos y cualquier mención de la realidad, en medio de un silogismo, le parecería herética. Los exégetas priorizaban la pureza del razonamiento silogístico y propugnaban que el juez debía llevar la de la ley a sus últimas consecuencias; en línea con ello sostenían que, si por la injusticia de la solución legal, alguna mancha podía caer sobre alguien, n sería sobre el juez sino sobre el legislador" (p. 16).
"Es pues no solamente el mito del legislador perfecto, sino de una realidad inmutable la que la exégesis pretendía cultivar. La interpretación subjetiva de la ley, la que propugna indagar la voluntad del legislador, puede ser útil, pero presenta inconvenientes porque el estudio se limita a indagar la voluntad del legislador en un espacio-tiempo diferente al actual. La interpretación subjetiva genera, lo que algunos autores han llamado "la tiranía de los muertos sobre los vivos" (López Mesa, 2013, p. 25).
"La realidad es relativa es fluyente. El conocimiento es absoluto, pero referido a un espacio-tiempo determinando solamente. Cuando la realidad cambia, el conocimiento cambia con él. Pero el problema de un juez pantextualista es tratar de resolver conflictos que una nueva realidad le brinda con leyes que son humanas y limitadas. La tarea de un juez moderno es entender que la ley no puede ser planteada a rajatabla, sino interpretada en base a la realidad que se le plantea inspirado en los principios generales del derecho. "Este consejo, además, se compadece con un texto legal vigente en España (art. 1.4 del Código Civil), que establece que: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico." (López Mesa, 2013, p. 107.)

286 Código Civil español [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena."[287]

Entonces, la teoría de los actos propios está sustentada en el principio jurídico de la buena fe, donde el derecho, la moral y el sentido común resultan entrelazados. "Para dicha armonización entre derecho y moral, la doctrina de los actos propios, bien empleada y dentro de sus cauces correctos, presenta una funcionalidad excelsa." (López Mesa, 2013, p. 124).

La buena fe consiste en la generación de confianza en las declaraciones propias, en la palabra empeñada, en la conducta propia. Su uso por las personas y su aplicación -como principio general del derecho- necesita de un juez creativo de cara a un nuevo derecho constructivista, como lo dijimos anteriormente.[288]

C) Historia de la DAP

El origen de la DAP re remonta a una glosa del Corpus Juris Civilis, de un texto de Ulpiano del Digesto (25-parr (1, 7)), que a la letra dice:

> "Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi iure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non iure eam

287 Código Civil español [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

288 Y hay un detalle interesante de la buena fe de cara a la doctrina de los actos propios, y es que, para López Mesa, 2013: "la fuerza vinculante de la promesa de contenido obligacional se funda en la regla moral que impone hacer honor a la fe empeñada y en la expectativa de confianza que aquélla razonablemente genera en su destinatario" (p. 124). Vemos cómo la buena fe opera en un mundo transaccional, en el que la palabra empeñada, en la promesa, genera expectativas en un tercero. Con ello tenemos la intersección de la buena con la teoría de los actos propios, pero si añadimos que esa promesa que genera una expectativa en un tercero, va acompañada de un cambio de posición (en desmedro propio) de ese tercero motivado por esa promesa, entonces estaremos frente a la teoría del *promissory estoppel*.

> nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur."

(Después de la muerte de su hija, que vivía como su propia amante por haberse emancipado legalmente, y que murió después de nombrar herederos por su testamento, el padre tiene prohibido entablar acción contra su propio acto, alegando que la emancipación fue no hecha legalmente, o en presencia de testigos).[289]

Lo que expresa la cita es que un padre no puede empezar una pretensión contra su hija emancipada que dejó un testamento a sus herederos. En este caso, el padre no puede alegar que no existió una emancipación eficaz a efectos de anular la emancipación y en consecuencia anular el testamento.

El otro texto que sirve como origen de la DAP lo encontramos en otro texto de Celso, en el fragmento (11-parr (8, 3)),[290] que dice:

> Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo suptili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.[291]

---

289 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

290 11. Celso, Compendio, Libro XXVII.
Cuando el derecho de paso o conducción por tierra pertenezca a varias personas, cada una de ellas me lo podrá conceder por separado. Por lo tanto, en rigor, el derecho no pasará a ser mío a menos que todos me lo concedan; y cuando se haga la última concesión entrarán en vigor todas las anteriores. La interpretación más favorable, sin embargo, es que antes de que la última parte haga la concesión, los que lo han hecho previamente no pueden impedirme usar el derecho ya concedido

291 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

Lo que dice el jurisconsulto es que, si una persona solicita el derecho de paso por un terreno que pertenece a distintas personas, y si varias personas otorgan ese derecho de paso al solicitante, el hecho de que todas las personas tengan que brindar su asentimiento es solamente una sutileza porque las otras partes que ya hayan proporcionado su asentimiento, no pueden retractarse e impedir que el solicitante haga uso del terreno de los otros.

Entonces Diez Picazo (2014) sabiamente sentencia que el Derecho Romano no llega a elaborar totalmente una teoría de la DAP, pero al menos tiene los elementos de dicha teoría (p. 106).[292]

4.2. Contratos Preliminares

El contrato preliminar es un contrato previo cuyo destino es el contrato posterior y definitivo.[293] En palabras de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014): "El contrato preliminar es definido como aquel en virtud del cual las partes se obligan a celebrar un contrato distinto y posterior, llamado definitivo, cuyo contenido es determinado por el preliminar" (p. 175).

En cuanto a los contratos preliminares existe bastante literatura, sobre todo italiana que ha abordado este tema con profundidad. El contrato preliminar ha sido catalogado como un contrato en sí,[294] aunque ligado con el contrato definitivo por un tronco común.[295]

---

292 Por su parte Faggella (1918) creía que en el derecho romano los juristas no daban mucha importancia al período preparatorio. Sin embargo, sostiene que no es útil suponer que todas las negociaciones romanas se llevaron a cabo sin ningún trabajo preparatorio (pp. 8-9, 45).

293 Montesano (1953) piensa que el contrato preliminar no es superfluo porque establece los requisitos esenciales de un contrato definitivo (pp. 8 y ss).

294 Sin embargo, Ferro (1999) piensa que el contrato preliminar no es un contrato ni siquiera una negociación, sino un acto que forma parte de la fase precontractual, y analiza la posibilidad de categorizar el contrato preliminar como una "convención" en lugar de un contrato (pp. 3, 66).

295 Cfr. Alabiso, A. (1966, pp. 11-12).

Para Cosco (2018), el acuerdo preliminar no es un contrato típico sino una combinación de diferentes contratos (p. 8) y que es necesario tener en cuenta la intención de las partes para determinar el tratamiento legal de determinadas situaciones preliminares que puedan generar confusión, como el casos de los contratos de renta-compra que es un acuerdo preliminar de ejecución temprana donde la posesión del objeto rentado debería considerarse como propiedad, pudiendo adquirirse por usucapión (p. 36), siendo preferible asumir la situación como posesión en vez de entrega (*delivery*) (p. 51).[296]

Ahora bien, en los contratos preliminares existe la posibilidad de que una de las partes se rehúse a cumplir el contrato definitivo cuando tenga temores fundados de que la otra parte tiene problemas financieros que le impedirían el cumplimiento de su obligación. Para De Rada (2010) una parte puede suspender la ejecución de su obligación ante el deterioro de las condiciones económicas de su contraparte (p. 391), en cuyo caso tiene derecho a rehusar a proceder a ejecutar el contrato final (p. 391).[297] Ahora bien, pueden existir discrepancias entre lo prometido en el contrato preliminar y lo entregado en el contrato definitivo, situación que genera la posibilidad de una resolución (De Rada, 2010, p. 393).[298]

---

296 Para Ferro (1999) el acuerdo preliminar no es un proceso separado, sino parte del proceso de formación del contrato (p. 105). Sostiene que el cumplimiento del acuerdo preliminar es un deber moral, y que puede verse como una obligación natural. Luego analiza el dilema de la relación entre los acuerdos preliminares y finales, y sostiene que el acuerdo final es a la vez un contrato y el cumplimiento de una obligación (p. 133).

297 Para Ferro (1999) hay gastos entre gastos "lógicos" e "ilógicos" incurridos durante el período precontractual. Sostiene que los gastos que están lógicamente relacionados con el contrato final (por ejemplo, la compra de un barco) son reembolsables, mientras que los gastos que no están lógicamente relacionados (por ejemplo, el alquiler de un embarcadero) no lo son (p. 152).

298 De Rada (2010) también analiza el problema de un contrato preliminar que puede ser nulo parcialmente (p. 388). Por su parte, Gabrielle (1970) analiza las consecuencias de la nulidad de un contrato preliminar (pp. 6 y ss.) Por otra parte, Rascio (1967)

4.3. El Abuso del Derecho

Esta teoría propone que las partes tienen el derecho a contratar y de no contratar, pero que cuando se crean expectativas en la otra parte, la parte promitente estaría abusando de su derecho a no contratar.[299]

Por su parte, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que la ruptura injustificada de negociaciones preliminares constituye un abuso del derecho de no contratar, y lo expresan en el siguiente sentido:

> Se sostiene que el fundamento de esta responsabilidad está dado por un comportamiento abusivo de la libertad de contratar. El fundamento de la responsabilidad en el periodo de las tratativas anteriores a la celebración del contrato radica en un comportamiento abusivo de la libertad de no contratar, especie del género abuso del derecho. (p. 125).

4.4. Las Cartas de Intención (Letters of Intent)

En cuanto a las cartas de intención ("*letters of intent*" en su origen anglosajón) han sido definidas por de Ángel Yágüez (2010) como ciertos "documentos en los que las partes de la negociación trazan las líneas de la misma, o van plasmando los acuerdos a los que sucesivamente llegan, o definen el esquema del contrato por el que negocian. Son las llamadas "cartas de intenciones". (p. 589).

---

hace un estudio sobre los contratos preliminares y concluye que las Cortes han negado viabilidad jurídica o ejecución a los contratos preliminares (p. 4); mientras que Sassy (1971) argumenta que es posible que un contrato preliminar conduzca a otro contrato preliminar en vez del contrato definitive (p. 31).

299 Cfr. Ordoqui Castilla (2017, p. 250).

4.5. El Falsus Procurator

Para Cabanillas Sánchez (2015) esta figura consiste en la falsa representación de un poder o autorización para celebrar un acuerdo:

> La responsabilidad personal del *falsus procurator* constituye la sanción impuesta en el Ordenamiento jurídico a la actitud dolosa o negligente de éste, generadora de daños y perjuicios para el tercero de buena fe que contrató confiando en la eficacia del poder de representación. Por ello, la función de la aludida responsabilidad deberá conseguir que quede indemne el patrimonio del tercero mediante la reparación de los daños ocasionados. El resarcimiento deberá ser integral y puede alcanzar, o incluso superar, el equivalente al cumplimiento contractual. (p. 773).

Por su parte, Welser (1970) ha tratado con profundidad el tema del "falso procurador" y en su interpretación de la CIC podemos encontrar una equiparación con el dolo, el engaño y la tergiversación (*misrepresentation* o falsedad), especialmente cuando analiza la idea de "vorvertragliche Pflichten" (deberes precontractuales) y menciona que hay que "evitar engañar a la otra parte" para cumplir con estos deberes. (p. 66). También menciona la importancia del "Aufklärungspflichten" (deber de informar) y la prohibición de comportamientos engañosos en relación con aspectos esenciales del contrato (p. 67).

Asimismo, Welser (1970) cree que la CIC puede surgir de "schuldhafter Irreführung", que se traduce como "culpable deception/engañoso" en inglés, por lo que hay un vínculo entre la CIC y la *misrepresentation* (pp. 143-147). Finalmente, menciona que un representante es responsable de "arglistiges Vorgehen" (conducta maliciosa) o si ha engañado a un socio comercial al enfatizar la autorización de otra persona (p. 234).

Y Welser (1970) luego menciona que un representante es responsable si engaña a un tercero sobre la autorización de otros representantes (p. 236), o cuando analiza el tema de una "afirmación engañosa" (irref ührende Behauptung), (p. 253); también se refiere a "Die Verpflichtung zur Vermeidung irreführender Angaben", que se traduce como "La obligación de evitar información engañosa". Esto implica que la *culpa in contrahendo* está vinculada a las misrepresentaciones (p. 260), con lo cual estaríamos hablando de Dolo in Contrahendo[300] (en lugar de *culpa in contrahendo*, o hasta de rupturas "maliciosas" [injustificadas] de negociaciones preliminares).

Por su parte, Jungst (1981) cree que no todos los casos de abuso del poder de representación son asumidos por la CIC (p. 46); sin embargo, Reder (1989) en concreto sostiene que el "falso procurador" es responsable de daños y perjuicios si, a sabiendas, tergiversó su autoridad para actuar en nombre de otra persona (p. 67).

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CIC

La única cosa clara sobre la *Culpa in contrahendo* (CIC) es que no hay claridad en su definición legal. Es un concepto complicado y lleno de interpretaciones variadas, como si intentáramos ver algo a través de aguas turbias y espesas. Cada experto que intenta aportar su visión solo contribuye a hacer más confuso el panorama. La CIC,

300 El romanista Heldrich (1924) menciona que "dolus in contrahendo" debe implicar "calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita" (un truco, un engaño, un dispositivo utilizado para eludir el engaño para engañar a otro) lo que parece implicar que se trata de un tipo de fraude; asimismo, el vendedor es responsable del "dolus malus" o mala fe, y que esta responsabilidad surge cuando el vendedor se ha extralimitado y ha cometido fraude, luego menciona que el "dolo", en el contexto de comportamiento fraudulento, se refiere a "machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita" (un plan para engañar o defraudar a alguien), implicando que dolo o mala fe es al menos muy similar a fraude, si no sinónimo (pp. 3, 7, 11, 15).

en esencia, se presenta como un enigma legal, difícil de descifrar y entender.

En este sentido Arenas García (2007) expresa:

> La labor de delimitación entre lo contractual y lo extracontractual en esta materia no ha llevado a resultados definitivos e indubitados. Seguramente sería difícil que así sucediera cuando en el Derecho material existe una importante indefinición acerca de la naturaleza de la figura y la regulación expresa existente es escasa. (pp. 320-321).

La realidad es que no hay un consenso claro sobre qué es legalmente la *Culpa in contrahendo* (CIC). Después de Ihering, teóricos como Windscheid, Leonhard, Siber y Larenz introdujeron el concepto de buena fe en la CIC, cambiando su enfoque original. Esto no solo le dio más importancia al dolo, sino que también oscureció la intención de Ihering de basar su doctrina en la culpa (negligencia), y no en el dolo (engaño). En resumen, la incorporación de la buena fe alteró significativamente la naturaleza de la CIC, alejándola de sus raíces originales.

Esta evolución ha generado numerosas teorías sobre la naturaleza jurídica de la *Culpa in contrahendo* (CIC). Cada país, a través de su doctrina jurídica, aporta intensamente al debate, que parece no tener fin, sobre qué define realmente a la CIC. Este debate interminable es impulsado precisamente por la dicotomía entre el dolo (engaño) y la culpa (negligencia), creando un campo de discusión complejo y diverso.

La confusión no se limita sólo a la teoría jurídica, sino que también se extiende al ámbito jurisprudencial. Este debate inacabable se presenta tanto en los casos internos de cada país como en comparaciones internacionales. A partir de esto, podemos deducir

que actualmente es imposible llegar a una conclusión definitiva sobre este tema. Es muy probable que, en los próximos años, tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial, este debate continúe siendo igual de interminable e inagotable.

Vamos a dedicar esfuerzo a examinar los aspectos claves de la divergencia entre quienes ven a la CIC como un elemento de naturaleza contractual y quienes la consideran extracontractual. Nuestro enfoque se centra en comparar la CIC con el derecho anglosajón, tanto en términos de *misrepresentation* como de *promissory estoppel*. A partir de nuestro estudio de diversas teorías, autores y jurisprudencias, que detallaremos en capítulos siguientes, podemos anticipar que la CIC se inclina más hacia una naturaleza extracontractual. Esto implica que se relaciona más con los agravios o la violación de deberes, ya sea el deber de informar, de cuidado o de actuar de buena fe.

Además, podemos adelantar que basándonos en nuestra perspectiva de que la CIC tiene un fundamento extracontractual, hemos llevado a cabo la comparación de la CIC con el *misrepresentation* en el capítulo III, y con el *promissory estoppel* en el apéndice III.

Entonces, antes de emprender este viaje doctrinal a través de las regiones del contractualismo y extracontractualismo, destacamos que existen otras teorías menos conocidas y que son intrascendentes para el debate. No obstante, no nos centraremos en ellas, tales como las teorías autonomistas (tertium genus),[301] la teoría de la declaración

301 Esta teoría trata de proponer una nueva naturaleza jurídica *sui generis* a la responsabilidad precontractual, más allá del debate *contractual v. extracontractual*, para proponer un tercer género. (Cfr. Ordoqui Castilla, 2017, p. 250). Por su parte, Faus Pujol (2023) caracteriza a esta postura del *tertium genus* como: "También puede defenderse que, al lado de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, aparece un "tertium genus": la responsabilidad *in contrahendo* que no es contractual, pues no hay contrato, pero no es una responsabilidad ajena a

unilateral como fuente de obligaciones,[302] o incluso las teorías negativistas.[303]

Otro aspecto crucial a considerar, y que examinaremos en detalle en el Capítulo II, (así como lo abordamos brevemente en secciones anteriores a través de las contribuciones de Windscheid, Leonhard, Siber y Larenz), es que la CIC se despliega en tres vertientes principales: el deber de cuidado, el deber de informar y el deber de negociar de buena fe. Este último también es conocido como la ruptura injustificada de negociaciones preliminares o ruptura "maliciosa".

Dado que la primera vertiente de la CIC, el deber de cuidado, actúa como un reflejo completo de la teoría extracontractual de los torts, y considerando que la segunda vertiente, el deber de informar, es prácticamente idéntica a la figura del *misrepresentation* en el *common law* (como exploraremos en el Capítulo III), nuestro enfoque en las próximas secciones se centrará en la tercera vertiente: el deber de negociar de buena fe o RINP (ruptura injustificada "maliciosa" de negociaciones preliminares). Es importante destacar que este RINP, como descendiente directo de la CIC, y su comparación con el *misrepresentation* y el *promissory estoppel* del common law, será el principal objeto de estudio en el siguiente apartado.

---

un contrato, pues es la responsabilidad producida precisamente porque se estaba negociando un posible contrato." (p. 5).

302 Esta teoría entiende que la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones sin necesidad de recurrir a la teoría de la culpa. Cfr. Ordoqui Castilla, 2017, p. 249.

303 Esta teoría es minoritaria y propone aceptar las consecuencias negativas de una ruptura injustificada de negociaciones preliminares, al igual que un boxeador asume los riesgos que una pelea de box le puede acarrear Cfr. Ordoqui Castilla, 2017, p. 251.

5.1. Crítica de la Responsabilidad Contractual y de la Responsabilidad Extracontractual

El debate sobre la naturaleza jurídica de la CIC (nos referimos a la tercera vertiente de la CIC: la RINP) versa en torno a dos vectores que definen la columna vertebral del Derecho Civil: la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual.

Como lo hemos venido estudiando las diferentes posiciones de la doctrina en torno a estos dos vectores obedece a la diferencia en el tratamiento de la CIC. Mientras Ihering (1861) postulaba que la buena fe no era el motor de su teoría, sino que la negligencia, es decir, el quebrantamiento de la diligencia constituye el elemento culposo que fundamenta la imputación antijurídica al agresor (p. 30-37).

Entonces la doctrina que enfila su análisis en esta diligencia en contrahendo, enrumba sus postulados en este orden de ideas, es decir, de vincular su análisis en el sistema contractual.

En este sentido, De la Puente y Lavalle (2007) expresa contundentemente: "Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato no puede haber *culpa in contrahendo*" (p. 362), denotando un claro sentido contractual, resabio de la teoría clásica ya revisada en los apartados anteriores cuando estudiamos la obra de Ihering.[304]

304 En contraste con esta postura, Cartwright (2009) expresa: "De acuerdo con una opinión emergente en la redacción académica, el Tribunal Federal Suizo sostiene que la *culpa in contrahendo* no es ni contractual ni delictiva, sino una responsabilidad por virtud de la ley,151 una responsabilidad sui generis con sus propias reglas" (p. 57). En el mismo sentido Lundstedt (2014) no menciona específicamente la naturaleza de la CIC pero concluye en su carácter contractual debido a la asociación con el derecho de Suiza y Alemania (p. 165). Siguiendo la misma línea de análisis, Moura (2009) sostiene que la *Culpa in contrahendo* (CIC) es de naturaleza contractual en Alemania, mientras que en Francia se la considera de naturaleza extracontractual. En contraste, Moura opina que, en Suiza, la CIC no se ajusta a un marco puramente contractual, sino que posee una naturaleza híbrida. Esta perspectiva de naturaleza híbrida también es aplicable a los contextos de Italia y Portugal, según el análisis de Moura (pp. 241-252).

Sin embargo, como también lo sostuvimos en el capítulo anterior, la doctrina que desprende su análisis del estudio de otros autores (Larenz, Windscheid, Leonhard) emprenden la tarea de desplazar la diligencia de Ihering y postular la buena fe como elemento motor de la CIC. Este sector de la doctrina piensa entonces que la CIC es extra contractual, porque existe una contravención al principio *neminem laedere* a partir de la violación de un deber de actuar de buena fe.[305]

Por otra parte, Benatti (2021), pese a que no provee una respuesta definitiva con respecto a esta disyuntiva, parece sugerir que el carácter contractual de la CIC es más convincente, pese a que la situación todavía sigue siendo incierta en Italia (pp. 171-173).[306] E s t e debate de la naturaleza jurídica de la CIC, es decir, si es contractual o extracontractual es un debate interminable,[307] como lo venimos apreciando.[308]

---

305 Barrientos Zamora (2012) lleva a cabo un análisis de varios casos de la Corte Suprema de Chile en los que se identifica mala fe en conductas precontractuales. A pesar de que la doctrina tradicional continúa debatiendo acerca de la naturaleza jurídica de estas situaciones, parece inclinarse hacia una interpretación extracontractual. Este enfoque sugiere que dichas conductas, aunque surjan en el contexto de negociaciones precontractuales, son mejor entendidas y tratadas como parte del ámbito de la responsabilidad extracontractual, debido a su naturaleza y las implicaciones legales que conllevan (pp. 830-845). Por su parte, San Martin Neira (2013) también cree que la mayoría de los doctrinarios en Chile coinciden en catalogar a la doctrina de la CIC como extracontractual (pp. 320-322).

306 Cabrillac (2016), por ejemplo, considera que en el derecho alemán esta doctrina es de carácter contractual, mientras que en Francia es de carácter extracontractual (p. 62).

307 Ferro (1999) analiza la posibilidad de un "tercer tipo" de responsabilidad, que no es ni contractual ni extracontractual. analiza el principio de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano (p. 71). Por otra parte, Monsalve Caballero (2013) analiza situaciones que pueden ser contractuales, pero otras que lindan con la extracontractualidad, sugiriendo el interminable debate sobre la CIC (pp. 136-146). En el mismo sentido, Mosset Iturraspe (2006) analiza los beneficios y los defectos de una u otra teoría sin llegar a una conclusión definitiva (pp. 270-313)

308 Por su parte, Kovac (2019) explica que la mayoría de los casos arrojan a la concluir en la doctrina extracontractual que gira en torno a conductas de las partes durante las negociaciones de un contrato (pp. 4-17).

Por otra parte, Estevill (1995) ha criticado a ambos sistemas (contractual y extracontractual) por basarse en un sistema culpabilístico que se asienta en un principio moralizador que es la culpa, expresándolo de la siguiente manera:

> Y, siendo así las cosas, sin embargo, el artículo 1101 de nuestro Texto legal civil,[309] la doctrina jurisprudencial y la científica, mayoritariamente, fundamentan la responsabilidad contractual en el elemento moral, invirtiendo, así, el orden de lo principal por lo accesorio, al admitir, por sus propios argumentos, la exoneración de una determinada responsabilidad en base a que el obligado haya esgrimido, y probado, que ha hecho lo que ha podido para poder pagar, por lo que no ha regateado esfuerzos, neutralizando así, el deudor, los elementos culpabilistas que pudieran tener quienes solo creen en la culpa o negligencia para actuar la responsabilidad, pues son los que un día clasificarán de 'síndicos de la quiebra de la culpa' a quienes perseguían que no quedara el daño solo frente al daño, y hoy ellos ocupan el puesto de 'interventores de la suspensión de pagos de la culpa', que ellos quisieron y quieren mantener a ultranza, con la sola finalidad de seguir moralizando conductas, en vez de procurar por la indemnización y reparación de los perjuicios que se causan, tanto por la contravención de una obligación previamente establecida como por la infracción de un más general deber de respeto y prudencia al interés ajeno. (pp. 171-172).

309 Artículo 1101 del CC español: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Esta crítica de Estevill (1995) se dirige a la doctrina de autores culpabilistas (entre los cuales estaría Ihering (como lo vimos en el capítulo primero) que postula la antijuridicidad de la conducta por el elemento culposo (entendido éste como la ruptura de una diligencia), y sugiere otro tipo de responsabilidad más objetiva basado en el riesgo y no en la culpa (p. 177). Este autor cree que la diligencia solamente es imperante en aquellas obligaciones de medio (como la de los médicos o abogados), mas no en las obligaciones de resultado donde resultaría intrascendente (p. 192).

De otra parte, Estevill (1995) no detiene su crítica al sistema contractual, sino que la extiende a la esfera extracontractual, donde predica que la teoría culpabilista es omnicomprensiva en su alcance (p. 490). En este sentido, analiza los alcances del numeral 1902 del CC español (que lo vimos en el capítulo I) y que se deriva del principio "*neminem laedere*,"[310] expresando lo siguiente:

> Tras un largo período temporal de intentar la cuadratura del círculo, aquellos que sólo conciben la responsabilidad en base al pecado (aunque lo secularizaran) hubieron de contemplar cómo la reparación del daño, por la vía doctrinal, primero, y jurisprudencial, después, buscaba maneras más acordes con la realidad del momento. La jurisprudencia francesa enfiló la cuestión al amparo del artículo 1384 de su Código civil. Nuestra doctrina legal acudió al recurso de flexibilizar el 1902 del Texto legal civil, que si bien se mira además de comprender en su seno aquella clase de comportamientos dolosos y negligentes, podía extenderse también, por sus características de «precepto-goma», a todas aquellas otras situaciones que

310 Artículo 1902 del CC español señala: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

> sin requerir la concurrencia del elemento moral clamaban por la reparación de todo tipo de daños que pudieran producirse, constatada su realidad física y el nexo causal que esta guardara con la acción y omisión. (p. 491).

Si bien es cierto que nuestra investigación se perfila en la comparación jurisprudencial de la RINP (hija de la CIC) con el PE (como se pueden apreciar de los capítulos 5 y 6 de esta obra), las críticas de Estevill reproducidas ut supra que se perfilan contra la culpa, muy bien pudieran endilgarse al dolo insaculado en su elemento contrario: la buena fe, insaculado como elemento motor de la RINP.[311] Como lo venimos explicando, al hacer de la buena fe un principio del derecho en elemento esencial de la RINP, lo que se está generando es la necesidad de probar la otra cara de la medalla, que es probar la ausencia de buena fe, es decir probar la mala fe[312] (la misma que desde el Digesto se la concibe en concomitancia con el dolo y el fraude), con lo cual la RINP (ruptura injustificada de negociaciones preliminares) queda reducida a una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, y la *culpa in contrahendo* queda expresada en un dolo in contrahendo, harto equiparable con la figura del *misrepresentation* del *common law*, mas no con la figura del *Promissory estoppel*, donde objetivamente el estado mental del promitente es irrelevante.[313]

---

311 En efecto, en el tomo II de su obra, Estevill (1995) remata su crítica en el siguiente sentido: "Y si las cosas son así, no son muy comprensibles una serie de teorías, formuladas por escritores de prestigio, que aun no estando sometidos al imperio de lo que se establece en el Código civil alemán, en relación a la responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual, admitan una base contractual para predicar así la naturaleza de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*" (p. 1072).

312 Piotet (1963) considera el deber de expresarse claramente y evitar engañar a la otra parte, el deber de no entablar ni continuar negociaciones de mala fe y el deber de informar a la otra parte la información relevante (pp. 126-127).

313 Meliger (1898) analiza el concepto de "nulidad" en relación a los contratos, argumentando que no requiere dolo o negligencia por parte de los contratantes.

Ahora, analicemos cómo trata la doctrina legal la naturaleza jurídica dicotómica de la CIC, lo que significa que existen opiniones opuestas, quizás como resultado de las dos corrientes doctrinales de la CIC. Como mencionamos anteriormente, la postura de Ihering (1861) se centraba en la diligencia en la CIC, es decir, en la negligencia (y no en la buena fe). Por eso, los seguidores de este autor se consideran contractualistas. Sin embargo, la doctrina que surgió después de Ihering incorporó la buena fe como motor de la teoría, desplazando la diligencia y situando así esta teoría dentro del marco del sistema extracontractual o de torts.

Según Nunes Fritz (2018), la CIC se encuentra en una "zona gris" entre el derecho contractual y el derecho de daños (p. 126). Por otro lado, Zuloaga (1993) es un poco más claro al afirmar que la culpa se deriva del deber general de no causar daño a otra persona (p. 27). En otras palabras, la CIC se refiere al principio "neminem laedere" (no dañar a otro), y con ello, la CIC queda relacionada con la *misrepresentation*.[314]

Por su parte, Bogusch (1928) trata de seguir a Ihering e interpreta que la CIC deviene como producto del incumplimiento de deberes de diligencia (Sorgfaltspflichten) (p. 34) derivada de una relación jurídica preparatoria (vorbereitendes Rechtsverhältnis) (p. 45), de donde devienen un sinnúmero de obligaciones dentro del esquema contractual, puesto que la diligencia viene vinculada con la negligencia: "Anzeige- und Aufklärungspflichten" (deberes de notificación y aclaración), "Untersuchungs- und Prüfungspflichten" (deberes de investigación y examen), "Erhaltungs- und Aufbewahrungspflichten"

Sostiene que la única base para la obligación en tales casos es el principio de causalidad (p. 146).

314 Por su parte, Reder (1989) considera que la *culpa in contrahendo* se sitúa en la intersección del derecho contractual y del derecho de daños, lo que implica que podría estar vinculada a tergiversaciones (p. 111).

(deberes de mantenimiento y almacenamiento), "Erkundigungs- und Nachforschungspflichten" (deberes de investigación) y el "Pflicht zur Nachpr üfung der eigenen Aeußerungen" (deber de verificar las propias declaraciones), (p. 63). Incluso, a las negociaciones preliminaries las llama "schuldhaftes Verhalten bei Vertragsverhandlungen" (comportamiento negligente durante las negociaciones contractuales) (p. 40).

Por otra parte, para Deshayes y Maitre (2009), el tema de la responsabilidad precontractual es absorbido enteramente por el sistema extracontractual,[315] o sea por los *torts* o sistema de daños, requiriendo tres elementos: "culpa, daño y una cadena de causalidad entre ambos" (p. 28). De la misma forma lo explica Cabrillac (2016): "La naturaleza de esta responsabilidad es extracontractual" (p. 62).

Un aspecto interesante en la teoría de Deshayes y Maitre (2009) es que piensan que la responsabilidad extracontractual acaece independientemente de la relación entre las partes involucradas, es decir, el daño que una persona ocasiona a otra genera la obligación resarcitoria a partir del quebrantamiento de un deber (en este caso el deber de no dañar a terceros, principio de la responsabilidad extracontractual), y no se deriva de la relación entre dichas personas:

> Por otro lado, la responsabilidad por agravio o delito civil supone la mayoría de las veces un daño causado por una persona a otra sin una relación específica entre ellos: el daño no suele ocurrir debido a tal relación. Algunos autores, especialmente Ihering y Carbonnier, estaban a favor de aplicar la responsabilidad contractual. Sin embargo, al

315 De igual opinión es Fernández Pérez (2015) quien considera que esta teoría es extracontractual (pp. 83-109).

> final, sus argumentos no convencieron a la mayoría de los autores y los tribunales. (p. 28).

Entonces queda claro que la falta consiste en el incumplimiento de un deber legal, es decir la violación a una norma de comportamiento impuesto por el orden público (en este caso el dañar a terceros ni a su propiedad). "En principio, la gravedad de la culpa no importa: incluso la culpa más leve puede llevar a la responsabilidad" (Deshayes y Maitre, 2009, p. 28).

Como hemos visto, las dos teorías sobre la culpa in contrahendo (CIC) se entrelazan entre la "diligencia"[316] y el "dolo". Por un lado, como discutimos anteriormente en relación con la "integración de la CIC", cuando la diligencia deja de ser el motor principal de la CIC, como sostuvo Ihering en 1861,[317] la buena fe reemplaza a la diligencia y, de manera inevitable, se presenta su correlato, la mala fe o el dolo, tal como se deriva del Digesto, convirtiendo al dolo en la figura protagónica de la CIC.[318] Además, como veremos en el capítulo III, esta dicotomía también se refleja, aunque de manera más estructurada, en el common law.[319] Por un lado, el actor tiene la opción de buscar la rescisión del contrato en casos donde la falsedad o la misrepresentation son materiales[320] pero no intencionales, lo que

316 Para Liese (1993), "Sorgfaltspflicht" (deber de diligencia) es importante para la *culpa in contrahendo* (p. 33).

317 Choe (1988) cree que Jhering no quiso limitar su teoría del CIC a los casos de dolus (fraude) (p. 77), y específicamente analiza la distinción entre culpa y dolus, y argumenta en contra de extender la responsabilidad por culpa lata a relaciones extracontractuales (p. 72).

318 En este sentido, Miller (2013) observa que la CIC es una doctrina extracontractual al basarse en la mala fe precontractual, concepto regulado por los *torts* (p. 690).

319 Por su parte Moisá (2014) asevera explícitamente que la naturaleza de la CIC es extracontractual pese a que en otras dos secciones parece sugerir que es contractual (pp. 178-185).

320 Wied (2009) subraya que en los EE.UU. a veces se utiliza la "buena fe" para justificar la responsabilidad por romper negociaciones contractuales (p. 85); sin embargo, la

se refiere principalmente al ámbito contractual. Por otro lado, existen situaciones de naturaleza extracontractual en las que el actor busca daños, pero debe demostrar el engaño fraudulento, ya sea por acción u omisión (esto lo veremos con más detenimiento en el capítulo III).[321]

Esta dicotomía en el common law[322] se resuelve manteniendo ambas vertientes de manera paralela,[323] mientras que en el civil law, ambas vertientes compiten[324] por convertirse en el principal motor de la concepción de responsabilidad precontractual.[325] En el capítulo II, exploraremos representaciones individuales en algunos países donde la controversia alcanza límites insospechados, y donde el debate sobre la naturaleza contractual o extracontractual es interminable.[326]

---

misrepresentación contractual deriva de la Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contratos, mientras que la misrepresentación fraudulenta deriva de la Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts.

321 Para León Robayo (2015), la naturaleza jurídica de la CIC es ambigua, pero hace una atingencia en el sentido de que puede tener un carácter contractual al estar asociada al lex mercatoria (p. 372). Este carácter ambiguo también es puesto de manifiesto por Franzoni (2013) quien cree que existe un límite muy débil entre ambas posturas (pp. 36-50). Asimimo, Yelmen (2015) cree que la naturaleza jurídica de la CIC es mixta, o sea comparte de ambas estructuras (pp. 438-448).

322 Para Rodríguez de las Heras (2015), al *common law* no le es extraña la teoría de la CIC (p. 1808).

323 Para Nickl (2004) la CIC puede surgir de "fahrlässigen oder vorsätzlichen Verhaltens" (comportamiento negligente o intencional), lo que implica que la buena fe no es el elemento único (p. 192).

324 Para Gómez Calle, la CIC puede tener ambas naturalezas puesto que el resultado es el mismo o puede ser el mismo partiendo de cualquier postura sea contractual o extracontractual (p. 14-138).

325 Por su parte, Ferro (1994) piensa que el debate sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual debería centrarse en la ausencia de obligación entre las partes durante el período precontractual (p. 114).

326 Thiemann (1984) cree que la *culpa in contrahendo* se describe como un concepto que pertenece más a la categoría de responsabilidad "contractual" que a la responsabilidad "delictiva" y se vincula con la idea de una "responsabilidad más severa", y analiza el concepto de la CIC que está vinculado a la idea de "redlichkeitserwartung" o "expectativa general de honestidad" en las relaciones comerciales, lo que implica que las tergiversaciones son relevantes para la *culpa in contrahendo*. Finalmente concluye que la CIC se ha convertido en una "prohibición general de dañar a otro"

Este debate nos recuerda el mismo tipo de discusión que surgió en el civil law con respecto a la teoría de la causa y sus diferentes concepciones. En ese contexto, surgieron teorías como la teoría clásica objetiva de Domat y Pothier, luego la teoría anticausalista de Ernst, para finalmente dar paso a una teoría neocausalista con Josserand, seguida de las concepciones italianas sobre la causa-función social de Scognamiglio, Betti, entre otros. [327]

En España, el tema de la naturaleza de la CIC pasa por el sistema aquiliano o de responsabilidad extracontractual, así lo vemos en la Sentencia STS 15-10-2011 (6635/2011) [en adelante caso caso Suprasport"], la Corte sostuvo: "Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un "tertium genus,"[328] como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de

(p. 178) que es una reminiscencia del *neminem ladere*. (pp. 65, 80-84, 152). Por otro lado, Wennberg (1966) cree que la CIC surge de la violación de los deberes de divulgación, notificación, cuidado y custodia, y trata de impedir una violación a la confianza del oponente: "Verletzung gegnerischen Vertrauens" (p. 109), sugiriendo una naturaleza extracontractual. Por otro lado, Kohlhepp (1989), considera que la *culpa in contrahendo* es una regla "preterlegal" que se ocupa de la responsabilidad por falta en la formación de un contrato, donde la *culpa in contrahendo* puede surgir por no revelar información, lo que puede incluir tergiversaciones sobre las cualidades de un producto, que se traduce como "declaraciones falsas hechas con negligencia" (pp. 3-4, 8-9, 121-124). Por otra parte, Canaris (1965) piensa que el tema de la CIC está relacionado con el deber de proteger y no dañar los intereses jurídicos de otros (pp. 481-483). Por otra parte, en otro de sus trabajos, Canaris (2012) menciona que la "*culpa in contrahendo*" normalmente sólo se refiere a actos negligentes (p. 1026).

327 Para un estudio detenido de la causa y sus diferentes concepciones en el *civil law*, consultar la obra de Lizárraga (2000).

328 Por su parte, Schmitz (1980) considera que existe una necesidad de crear una tercera categoría de responsabilidad que vaya más allá de los contextos contractuales o extracontractuales, específicamente en el periodo de negociaciones contractuales (p. 20).

1988 destacó que [...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...].”[329]

Por su parte, en la sentencia STS 23-12-2021 (4948/2021) [en adelante caso “Fomento de Construcciones”), el Tribunal sostuvo: “Como afirmó la sentencia de esta sala de 16 de mayo de 1988, “la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio ‘neminem laedere’. Esa responsabilidad extracontractual puede derivarse directamente tanto de dicha tesis jurisprudencial como de la teoría del abuso del derecho.”

La sentencia a la que ambos casos aluden la podemos ver en la STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988) [Caso Banco Vizcaya], donde la Corte de Casación claramente opinó que: “Se produce *culpa in contrahendo* cuando faltando relación contractual, sin embargo, la conducta de los demandados genera una violación del principio *neminen laedere*.”

El Tribunal claramente lo reseñó en el tercer fundamento de derecho:

> El problema del traslado del demandante don Daniel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses todo ello sobradamente justificativo de la existencia por

329 Tomás Martínez (2010) explica las tres doctrinas prevalentes: contractual, extracontractual y una mixta. (pp. 187-210).

> parte de los demandados de una culpa "incontrahendo" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio "neminen laedere", que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás. STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988).

Es necesario adelantar que el numeral 7 del CCE reza lo siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"[330] y el artículo 1902 del Código Civil español (CCE) que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."[331]

Desde nuestra perspectiva, como se mencionó en la introducción de esta sección, consideramos que el camino adecuado para definir la naturaleza jurídica de la *Culpa in contrahendo* (CIC) es a través de la responsabilidad extracontractual. Esta opinión se extiende no sólo a la faceta del deber de cuidado, sino también a las dimensiones del deber de informar y del deber de negociar de buena fe.

5.2. El contacto social calificado como posible respuesta al debate contractual v. extracontractual de la CIC

Como respuesta al continuo debate acerca de si la naturaleza jurídica de la CIC es contractual o extracontractual, la jurisprudencia

330 Código Civil español (CCE). Art. 7. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

331 Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

italiana ha desarrollado una interpretación distinta. Esta postura sostiene que la CIC constituye un "tertium genus", es decir, una categoría única y diferenciada, basada en la confianza y la buena fe. Esta perspectiva la describe como un "contacto social calificado", argumentando que la CIC debe situarse en un plano contractual, en oposición a uno extracontractual.[332] Para ilustrar mejor esta postura, examinemos un caso específico que refleje esta interpretación italiana en el caso Italia Service (Cass. civ. Sez. I, Sent., 12-07-2016, n. 14188; en adelante referida como "*Italia Service*, SRL *v Ministerio de Defensa*"), del que procedemos a analizar para desentrañar su fisonomía.[333]

En este caso, la compañía Italia Service s.r.l. presentó una demanda contra el Ministerio de Defensa, el Comando General de la Arma de Carabineros y la Escuela de Alumnos Carabineros de Roma. Solicitaban la compensación por daños sufridos debido a la falta de aprobación de un contrato firmado en 1993. El Tribunal de Roma rechazó la demanda, alegando que el crédito había prescrito según el artículo 2947 del Código Civil. Italia Service s.r.l. apeló la decisión, pero la Corte de Apelaciones de Roma confirmó el fallo anterior, declarando la prescripción del derecho de crédito invocado. Italia Service s.r.l. presentó un recurso de casación contra esta sentencia, y el Ministerio de Defensa respondió con un contra recurso. Los demás demandados no presentaron defensa.

Italia Service s.r.l. argumenta en su primer motivo de casación que la Corte de Apelación cometió un error al considerar que la falta de aprobación del contrato de servicios por parte de la administración contratante generó una responsabilidad precontractual asimilable

332 Para Zaccaria (2014), en Italia el tema de la CIC es mixta, es decir, su naturaleza es híbrida y ni enteramente contractual ni enteramente extracontractual (pp. 56-78).

333 *Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*. Sentencia No. 14188. Tribunal de Casación de Italia, 12 de julio de 2016.

a la responsabilidad extracontractual, lo que resultaría en una prescripción quinquenal del derecho. Italia Service sostiene que esta responsabilidad debe ser considerada como contractual, con una prescripción decenal, debido a la violación del deber de buena fe en la ejecución del contrato. Además, Italia Service argumenta que existe una relación de "contacto social calificado" entre la administración y el privado, lo que implica obligaciones de protección de la administración hacia el privado. Por lo tanto, Italia Service sostiene que el derecho reclamado en el juicio no estaría prescrito según el plazo decenal de prescripción establecido en el Código Civil.

El Tribunal sostiene que la responsabilidad de la administración en este caso se consideraría precontractual y estaría sujeta a una prescripción quinquenal. Sin embargo, existe un debate sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad contractual incluso en ausencia de un contrato formal, cuando se establece una relación calificada como "contacto social cualificado".

El Tribunal expone que la jurisprudencia ha evolucionado hacia el reconocimiento de una responsabilidad civil orientada hacia la protección y el favor de las partes involucradas en un contacto que genera obligaciones de información y protección, incluso antes de la prestación. Esta forma de responsabilidad se asemeja a la responsabilidad contractual y ofrece una forma más efectiva de protección.

La concepción tradicional de la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana, regulada por el artículo 2043 del Código Civil,[334] ha sido superada. Se ha reconocido la existencia de una tercera fuente de obligaciones, distintas de las obligaciones contractuales y delictuales, que se pueden equiparar más a esta

334 CCI §2043: "Cualquier acto intencional o negligente que cause un daño injusto a otros obliga a la persona que cometió el acto a compensar el daño."

última categoría. La clasificación de las fuentes de obligaciones ha sido motivo de debate y la antigua doctrina romana también presentó ambigüedades clasificatorias. En el Digesto justinianeo, se introdujo la noción de "quasi contractus", que abarcaba actos o hechos que no eran contratos propiamente dichos, pero que generaban obligaciones similares a las contractuales. Ejemplos de esto son la restitución indebida y la gestión de negocios. El Tribunal lo expuso de la siguiente manera en la sentencia (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*):

> En este contexto, es importante destacar que durante mucho tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación se basó en la concepción tradicional de la responsabilidad precontractual como una responsabilidad aquiliana, en virtud del artículo 2043 del Código Civil. Esto implicaba que la carga de la prueba de la existencia y cuantía del daño, así como de la culpa o dolo del responsable, recaía sobre la parte perjudicada. Además, el plazo de prescripción para ejercer el derecho reclamado era de cinco años, de acuerdo con el artículo 2947 del Código Civil.[335] (Considerando de derecho Nro. 4).[336]

El Tribunal expone que el concepto de responsabilidad contractual se originó en la antigüedad y ha evolucionado a lo largo del tiempo. Se reconoce la importancia de la confianza previa al contrato y las obligaciones de información y protección en la relación entre las partes. Tanto la doctrina alemana como la italiana han destacado la existencia de una relación obligatoria basada en la confianza mutua, aunque no haya un contrato formal, y han establecido obligaciones de buena fe. Esto ha llevado a considerar la responsabilidad resultante

335 CCI § 2947: "el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un acto ilícito prescribe en cinco años a partir del día en que se produjo el hecho".

336 Cass. civ. Sez. I, Sent., 12-07-2016, n. 14188.

como de naturaleza contractual. En el mundo anglosajón también se ha dado un cambio similar, donde el contrato se ha separado de los agravios y se le ha dado mayor importancia en el ámbito de la responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha seguido un camino de evolución en la responsabilidad contractual basada en el "contacto social calificado". Se ha reconocido la responsabilidad contractual en casos como accidentes escolares, donde se establece un vínculo contractual entre la escuela y el alumno, y en casos de responsabilidad médica, donde existe un "contacto social cualificado" entre el paciente y el profesional de la salud. También se ha aplicado la responsabilidad contractual en casos de responsabilidad de los bancos por violaciones de reglas específicas. En todos estos casos, se han establecido obligaciones de protección y vigilancia. Además, la responsabilidad contractual ha sido reconocida en la jurisprudencia administrativa en casos de violación de obligaciones procedimentales por parte de la administración pública.

El Tribunal explica que la jurisprudencia ha seguido un camino de evolución en la responsabilidad precontractual basada en el "contacto social cualificado". Se ha reconocido la responsabilidad precontractual en casos como accidentes escolares, donde se establece un vínculo contractual entre la escuela y el alumno, y en casos de responsabilidad médica, donde existe un "contacto social cualificado" entre el paciente y el profesional de la salud. También se ha aplicado la responsabilidad precontractual en casos de responsabilidad de los bancos por violaciones de reglas específicas. En todos estos casos, se han establecido obligaciones de protección y vigilancia.

La sentencia establece que, tras la entrada en vigor de la Ley N.° 241 de 1990, la responsabilidad de la administración por

daños procedimentales a los ciudadanos se basa en la violación de principios contractuales de corrección y buena fe. Se distingue entre la lesión del interés del ciudadano y la violación de las reglas procedimentales, generando diferentes tipos de responsabilidad: aquiliana por la lesión del interés y contractual por la violación de las reglas procedimentales. Además, se señala que la relación entre el ciudadano y la administración en el procedimiento administrativo se basa en un "contacto social cualificado", lo que puede dar lugar a obligaciones de protección y responsabilidad contractual no basada en un contrato formal.

En resume, el Tribunal expone que la responsabilidad precontractual debe ser reconsiderada, y se enfatiza que la violación de la buena fe genera obligaciones de protección recíproca entre las partes. Esta responsabilidad se basa en un contacto social cualificado, donde las partes confían en la corrección y buena fe del otro para lograr un objetivo específico. Se diferencia de la responsabilidad aquiliana, ya que implica obligaciones previas a la lesión, relacionadas con la buena fe y la protección. Además, la violación del principio de buena fe y corresponsabilidad puede constituir incumplimiento contractual y dar lugar a indemnización por daños.

El Tribunal de Casación Italiano (TCI) sostuvo en esta resolución (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*) que:

> 12. Según las reflexiones anteriores y la difusión alcanzada por la teoría de la responsabilidad por "contacto social cualificado", no se puede poner en duda que la orientación tradicional de la jurisprudencia en materia de responsabilidad precontractual según los artículos 1337 y 1338 del Código Civil debe ser subsanada.
>
> 12.1 Las consideraciones desarrolladas por la doctrina y adoptadas por la mayoría de la jurisprudencia han

> destacado que el elemento calificador de lo que ahora puede denominarse "*culpa in contrahendo*" ya no es la culpa, sino la violación de la buena fe, que, basada en la confianza, genera obligaciones de protección recíproca entre las partes. De ello se desprende que la responsabilidad por el daño causado por una parte a otra, al derivar de la violación de obligaciones específicas (buena fe, protección, información) anteriores a las que surgirán del contrato, cuando se celebre, y no del deber genérico de no causar daño a otro (*neminem laedere*), solo puede calificarse como responsabilidad contractual.
>
> Ciertamente, se puede objetar, como lo ha hecho una minoría de la doctrina, que también un atropello de un peatón, una colisión entre vehículos o un acto violento que cause lesiones dan lugar a un contacto social, posible fundamento de una responsabilidad que va más allá de la extracontractual, menos gravosa para el causante del daño. Pero la objeción, al centrarse en la consideración del contacto social simple, no captura el propósito de la responsabilidad en cuestión, en la cual el contacto social entre esferas jurídicas diferentes debe estar "calificado", es decir, caracterizado por un "propósito" que las partes pretendan perseguir. (considerando de derecho Nro. 8).

Y luego el Tribunal confirma este aserto en la misma resolución bajo análisis (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*):

> La doctrina italiana se ha posicionado conscientemente en la misma línea, desde principios de los años 90 del siglo pasado, perfilando una forma de responsabilidad que se sitúa "en los límites entre contrato y delito civil", ya que se basa en un "contacto social" entre las partes que, al

> dar lugar a una confianza mutua de los contratantes, está "calificado" por la obligación de "buena fe" y los correlativos "deberes de información y protección", establecidos positivamente en los artículos 1175, 1375, 1337 y 1338 del Código Civil. De esta manera, surge la figura de una relación obligatoria caracterizada no por obligaciones de rendimiento, como ocurre en las obligaciones que tienen su causa en un contrato, sino por obligaciones de protección, también atribuibles, aunque falte un acto negocial, a una responsabilidad distinta de la aquiliana y cercana a la contractual, ya que se pueden fundamentar en esos hechos y actos que los generan, constituyendo la tercera fuente de las obligaciones mencionada en el artículo 1173 del Código Civil. (8vo considerando de derecho).

Como vimos en el capítulo I de esta obra, el numeral 1337 del Código Civil de Mussolini de 1942 (CCI),[337] que dice: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

Por su parte, el artículo 1338 del CCI trae otra referencia a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de las partes de informar sobre posibles defectos del producto en la etapa negocial. Específicamente lo manifiesta así: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."

En el artículo 1173 del CCI se lee que "las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo

337 Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia).

para producirlas de conformidad con el ordenamiento Jurídico.; mientras que el artículo 1175 especifica: "El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la buena fe"; en tanto que en el numeral 1375 se lee: "El contrato deberá ser ejecutado de acuerdo con la buena fe."[338]

Seguidamente el Tribunal considera que la buena fe es una obligación que parte de un mandato constitucional, incluso en la etapa prenegocial del contrato, hacienda por ello de la CIC una figura de responsabilidad contractual y no extracontractual (*Italia Service, SRL v Ministerio de Defensa*):

> 13. Sin duda, son significativas en este sentido las decisiones en las cuales esta Corte ha afirmado que el principio de corrección y buena fe en la ejecución del contrato, expresión del deber de solidaridad basado en el artículo 2 de la Constitución,[339] impone a cada una de las partes de la relación contractual actuar de manera que se preserven los intereses de la otra parte. Este principio constituye un deber jurídico autónomo para ambas partes, independientemente de la existencia de obligaciones contractuales específicas o de disposiciones establecidas expresamente por la ley. Como consecuencia, la violación de este principio "constituye incumplimiento en sí mismo" y puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños resultantes en concepto de responsabilidad contractual

338 El numeral 1174 del CCI especifica: "La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible de evaluación económica y debe corresponder a un interés, aunque no patrimonial, del acreedor."

339 Constitución Política de Italia [CPI] (1947) §2: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social."

> (véase, entre otros, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010). En la misma perspectiva, destacando además cómo la responsabilidad de tipo contractual puede estar fundamentada, en la práctica, no sólo en la violación de obligaciones de cumplimiento, sino también en la violación de deberes de protección que surgen antes y sin tener en cuenta los demás, esta Corte también ha establecido que la violación de la cláusula general de buena fe y corrección, establecida en los artículos 1175 y 1375 del código civil, puede tener relevancia a efectos de la resolución del contrato por incumplimiento, cuando afecta a la conducta sustancial que las partes están obligadas a mantener para preservar el interés mutuo en el cumplimiento exacto de sus prestaciones, perjudicando los efectos económicos y jurídicos del contrato (Cass. 11437/2002). (Considerando de derecho Nro. 13).

Asimismo, el Tribunal considera que la ampliación del ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual es resultado de una evolución en la responsabilidad civil, buscando proteger los intereses de aquellos que establecen relaciones significativas.[340] La responsabilidad precontractual puede ser considerada como responsabilidad contractual por "contacto social cualificado". Esta responsabilidad se basa en la violación de la buena fe en las negociaciones y genera obligaciones de protección mutua entre las partes. Finalmente, el Tribunal valora que la CIC ya no se funda en la culpa, pero sí en la buena fe:

La decisión se sitúa, por lo tanto, perfectamente en línea con el enfoque doctrinal que considera que la estructura de la "*culpa*

340 Según Loges (1991), a teoría de Ihering se basa en la idea de que los derechos son "intereses protegidos legalmente" (p. 30).

in contrahendo" se basa no en la culpa, sino en la violación de la buena fe en las negociaciones, y el "contacto social calificado" como un hecho capaz de generar obligaciones según el artículo 1173 del Código Civil. La misma sentencia también especifica que la parte que alega responsabilidad precontractual debe, por otro lado, alegar y, si es necesario, demostrar el daño y la violación de su buena fe, en una perspectiva de equilibrio de los derechos de las partes involucradas en el asunto precontractual. (Considerando de derecho No. 15.2)[341]

En el caso concreto, se establece que la prescripción aplicable es la decenal y se anula la sentencia impugnada, remitiendo el caso a un nuevo examen en una corte de apelaciones. Sin embargo, la CIC sigue respondiendo a un escenario donde una de las partes ha incumplido un deber impuesto por la ley (de negociar de buena fe, o de informar, o de vigilancia o protección mutua), de modo que en su naturaleza sigue imbuida del sistema extracontractual, por más que se le trata de vincular a la responsabilidad contractual.

En el *common law* americano, el PE (como lo veremos en el capítulo V) tiene una naturaleza netamente contractual y por ende un período de prescripción igual al de un incumplimiento contractual, es decir, de 6 años, pero no es una figura contractual ni extracontractual, como lo estudiamos en el capítulo IV de esta obra, sino un sistema quasi contractual sustituto de la consideración.[342]

---

341 Este extremo ha sido citado en otra resolución del 22 de junio de 2020 del mismo Tribunal (Cass. 22-06-2020, n. No. 12120, en adelante referida como "*Fabbrizioli Marco V. Marchionni Loredana*"). En el mismo sentido revisar la resolución de Cass. 12/06/2021, No. 25976-2016 (en adelante *Caballete* Y *Dux Orseol Srl. V. Municipio De Venecia*).

342 En el *common law* americano, el plazo para interponer una demanda por *promissory estoppel* es de seis años desde que sucede el hecho lesivo, el mismo plazo que el del incumplimiento de contrato. Consultar: *Franklin v. Hafftka*, 2014 N.Y. Slip Op. 33751 (N.Y. Sup. Ct. 2014): Una acción por *promissory estoppel* está sujeta a un período de limitaciones de seis años (ver *Enzinna v. D'Youville College*, 34 Misc 3d 1223(A) [Sup.

Este caso muestra que la jurisprudencia italiana está intentando salir de una discusión que parece no tener fin sobre si la *Culpa in contrahendo* (CIC) se trata de un asunto de contrato o algo fuera de él. Están tratando de concentrarse más en la importancia de la confianza entre las partes en lugar de estar siempre discutiendo sobre si hubo engaño o mala intención. Sin embargo, el problema es que, aunque quieren enfocarse en la confianza, siguen dependiendo mucho de la idea de la buena fe. Esto significa que aún tienen que demostrar si alguien actuó con mala fe, engañó o tuvo malas intenciones, lo cual es justamente lo que estaban tratando de evitar.

En resumen, esta teoría no consigue librarse del debate constante entre dolo (engaño) y culpa (negligencia). Sigue inmersa en una discusión que parece no tener fin y, probablemente, esta situación continuará así por mucho tiempo, posiblemente durante el próximo siglo.

6. CONCLUSIONES

1. La *Culpa in contrahendo* (CIC) es una creación de la doctrina alemana que surgió para abordar las lagunas legislativas en el sistema extracontractual del Código Alemán. La idea principal de Ihering era que la responsabilidad del vendedor por los daños y perjuicios del comprador se originaba en su negligencia en la contratación, lo que implicaba una forma de negligencia y no estaba relacionada con la falta de buena fe. Además, Ihering argumentaba que, en ciertos casos, el interés indemnizable podía ser tanto negativo como positivo. Sin embargo, en la actualidad, ninguno de estos conceptos ha perdurado, ya que la CIC se ha convertido

Ct., Erie Cty, 2010], affd 84 AD3d 1744 [4th Dept. 2011]; *Superior Tech. Resources, Inc. v. Lawson Software, Inc.*, 17 Misc.3d 1137(A) [Sup. Ct., Erie Cty, 2007]).

en una teoría extracontractual moderna basada en el incumplimiento del deber de negociar de buena fe y se limita únicamente al interés negativo, sin incluir el positivo.

2. El análisis de las fuentes romanas que Ihering utilizó en su trabajo revela que el fundamento de la *Culpa in contrahendo* (CIC) se basa en textos relacionados con el dolo. Esta conexión con el dolo es evidente en secciones legales del Código Civil de Austria y el Código de los Estados Prusianos, donde la acción por culpa (acto emti) se mezcla con el acto doli (mala fe, malicia, engaño). Incluso Ihering reconoció que, en ciertas circunstancias, el acto doli era más efectivo. Como resultado, la CIC nació como una figura contradictoria, poco efectiva y susceptible de ser reemplazada por conceptos como el acto doli (*misrepresentation* en el common law). Esta confusión que se originó en la formulación de la teoría ha persistido a lo largo del tiempo y todavía afecta a la CIC en la actualidad.
3. Mommsen basa su teoría del *dolus in contrahendo* en el dolo o la mala fe, y no en la culpa. Windscheid sustenta su teoría en el deber de cuidado, y el caso linóleo o Linoleonfall [343] se basa en sus ideas.
4. La subsiguiente doctrina posterior a Ihering, como Larenz, Siber, Leonhard, etc, incorporan el elemento de la buena fe/mala fe como motor de la *diligencia in contrahendo* de Ihering.
5. Faggella no cree en la culpa ni en el dolo, considera que la responsabilidad precontractual (que se divide en fases o estancias sucesivas o preparatorias) está sustentado en la

343 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

autonomía de la voluntad como principio supremo. Saleilles en Francia comulga con Faggella en Italia.

6. El Código Civil italiano de 1942 instaura la teoría de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP) a partir del artículo 1337, que impone la obligación de negociar de buena fe a ambas partes. Este extremo no se condice con la teoría del PE americano, puesto que el PE del *common law* americano no reconoce explícitamente la buena fe como una condición de la negociación.
7. Las fuentes romanas establecen una clara distinción entre negligencia y fraude, equiparando la negligencia grave con el fraude. Sin embargo, el fraude se asocia con la mala fe o el engaño, ya que la buena fe se contrapone al fraude y al engaño.
8. Entonces, doctrinaria e históricamente, la *culpa in contrahendo* (CIC) tendría tres vertientes, es decir, la obligación de indemnizar deviene como fruto del incumplimiento de tres deberes impuestos por la ley: 1) Obligación de cuidado (que se adapta a la responsabilidad extracontractual). 2). Obligación de informar defectos del producto (asimilada al derecho del consumidor, tanto en el *civil law* como en el *common law*). 3). Obligación de negociar de buena fe (de donde deviene la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares "RINP", que en realidad es una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares).
9. Demostrar la mala fe o el dolo no es una tarea sencilla, sino más bien ardua y complicada. De esta manera, desde el principio, la figura de la CIC resulta ser menos eficiente que la PE, que no requiere la prueba del estado mental del promitente. Esto puede considerarse injusto, ya que el demandante acude a un tribunal de justicia para reclamar

daños inducidos por las representaciones de la parte promitente. Si, además de la prueba de los daños y la confianza quebrantada, se le impone la carga de demostrar el dolo o la mala fe, estamos convirtiendo la CIC en una figura más costosa, gravosa, y menos eficiente y justa que la PE.

10. A pesar de la firme oposición de Ihering (1861, pp. 30-37) a la inclusión de la buena fe como motor de la CIC, ya que él propuso la diligencia como el pilar fundamental de su teoría, las teorías posteriores incorporaron la buena fe y desplazaron a la diligencia del rol protagónico que histórica y doctrinalmente estaba destinada a desempeñar, haciendo de la diligencia *in contrahendo* una figura de *dolo in contrahendo*, al estilo de Mommsen. Como resultado de esto, los más altos tribunales en Italia, Alemania, Francia y España han interpretado que la buena fe se presume, y que la mala fe (es decir, el dolo) debe ser probada, lo que hace que la figura de la CIC se asemeje a la *misrepresentation* del *common law*.
11. El tratamiento de la naturaleza jurídica de la CIC en la doctrina ha sido controversial y contradictorio. Una parte de la doctrina sostiene que tiene carácter contractual, mientras que otro sector argumenta en favor de su carácter extracontractual. El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual pasa por considerar situaciones donde algunos argumentan su postura contractual mientras que otros piensan en su naturaleza extracontractual. Este debate es interminable.
12. Sin embargo, consideramos que la naturaleza jurídica de la CIC parece enraizarse en el sistema extracontractual del principio de "no dañar a nadie" (*neminem laedere*), aplicándose tanto al deber de cuidado, como al deber de informar y al deber de negociar de buena fe.

Capítulo II
LA REGULACIÓN DE LA CIC

Introducción.2. Vertientes de la CIC. 2.1. Deber de cuidado o de protección. 2.1.1. Introducción. 2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto. 2.1.3. Análisis del caso "Linóleo" o Linoleonfall. 2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado. 2.1.5. El deber de cuidado en el *common law* (duty of care). a). Duty of care en el sistema de torts. b). Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del *common law*. c). Res ipsa loquitur. d). Responsabilidad objetiva o vicaria. 2.2. Deber de información. 2.2.1. Concepto y aproximación histórica. 2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación. 2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). 2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP. 2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva. 2.3.3. El dolo *in contrahendo* que devoró la culpa. 2.3.4. El dolo *in contrahendo* y la diligencia in contrahendo. 2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental.3. La regulación de la CIC en derecho comparado. 3.- La regulación de la CIC en derecho comparado. 3.1.- Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa. A. Alemania. a. El CIC en el Código Civil alemán (GBG). b. Régimen extracontractual del BGB. B. Italia. C. España. a. La CIC en el Código Civil español. b. La responsabilidad precontractual en el derecho mercantil español. D.- Austria. E.- Dinamarca. F.- Escocia. G.- Estonia. H.- Finlandia. I.- Francia. J.- Grecia. K.- Inglaterra. L.- Irlanda. M. – Noruega. N.- Países Bajos (Holanda). O.- Portugal. P.- Rumania. Q.- Suecia. R.- Suiza. 3.2.- Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia. 3.2.1. Eurasia. A. Federación Rusa. B. Turquía. 3.2.2. Asia. A. China. B. Israel. 3.2.3. Sudamérica. A. Argentina. B. Brasil. C.- Bolivia. D.- Colombia. E. Chile. F. Paraguay. G. Perú. H.- Venezuela. 4. La figura de la CIC en normas y proyectos europeos de derecho internacional privado. 4.1. Principios Sobre los contratos comerciales internacionales (principios Unidroit o convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI). 4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II). 4.3. CISG (Convention on contracts for the international sale of goods) o

la "Convención de Viena" (UNCITRAL). 4.3.1. El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo. 7.1 de la CISG. 4.3.2. El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG. 4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. justicia.4.4. Principios de derecho contractual europeo (Principles Of European Contract Law: PECL). 4.5. Marco común de referencia (MCR) o draft common frame of reference (DCFR). 4.6. Proyecto de código europeo de contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia). 4.7. Asamblea general de la Organización de los Estados Americanos. 4.8. El proyecto de Código Civil europeo del Profesor Mc Gregor. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Como vimos anteriormente, tanto histórica como doctrinalmente, la CIC tendría tres vertientes. Estas tres vertientes se refieren a tres deberes impuestos por la ley[344] que, al no cumplirse, pueden dar lugar a una obligación de indemnizar. Estos deberes son los siguientes:[345]

a). Deber de cuidado[346] o de protección: Se refiere al deber de actuar con precaución y diligencia[347] durante las negociaciones previas a la celebración de un contrato. Esto implica evitar cualquier conducta negligente que pueda causar daño a la otra parte, tanto daño a la propiedad como al cuerpo o la salud. Este principio deriva del principio *neminem laedere*[348] o *alterum non laedere* (no dañar

344 Goren (2003) manifiesta que las obligaciones "torts" nacen por imposición de la ley, diseñadas a proteger ciudadanos de un daño físico a otras personas a su propiedad (pp. 257 y ss.).

345 Según Gómez Calle (1994) existen tres tipos de deberes precontractuales: información, lealtad y protección (p. 28).

346 Para Gurpinar (2006) este deber es uno de los puntos más sólidos de la doctrina (p. 147).

347 Por su parte, Benati (2021) manifiesta que el "deber de cuidado" se refiere al deber de diligencia que tienen todas las partes contratantes. Es proporcional a las características de las partes involucradas y les exige intercambiar información de manera apropiada para la situación (p. 176).

348 Estevill (1995) menciona el principio de "neminem laedere" (no dañar a nadie) y la obligación de no interferir con los intereses de otra persona. Esto podría estar relacionado con el concepto de 'deber de cuidado' (duty of care), ya que también implica evitar causar daño a otros (pp. 1095-1096).

a terceros). En el *common law*, este principio se vincula con la responsabilidad extracontractual de los *torts* (*duty of care*).[349]

En efecto, en el "caso del linóleo" o *Linoleonfall*,[350] una mujer y su hija se lesionan en una tienda mientras negocia un contrato, y la responsabilidad se deriva en el contexto de las negociaciones preliminares y el accidente que acaece durante estas negociaciones. En el *common law*, este accidente se trata como un caso de responsabilidad extracontractual. Esto significa que el dueño de la tienda es responsable de mantenerla segura y debe compensar a la víctima por los daños causados, independientemente de las negociaciones del contrato. La responsabilidad no surge de las negociaciones precontractuales, sino del deber general de cuidado hacia los clientes.

b). Deber de informar[351] defectos del producto:[352] Esta vertiente se aplica específicamente en casos en los que una de las partes está vendiendo un producto o bien.[353] En este caso, existe la obligación

---

349 Oughton y Davis (2000) señalan el deber del proveedor de ejercer un cuidado y habilidad razonables (p. 17).

350 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

351 Gómez Calle (1994) llama la atención sobre el deber de informarse o autoinformarse y el deber de informar (p. 127).

352 Para Mussy (1999) el deber de informar se ha convertido en un aspecto clave de la buena fe y la corrección (p. 5).

353 Zamir (1991) pone esta obligación en el contexto contractual de conformidad y no conformidad:
Sobre la base de esta caracterización de las causas de no conformidad y a la luz de la experiencia común, se puede determinar que la parte que se compromete a suministrar el objeto (el vendedor, el arrendador, el contratista) suele ser quien puede prevenir o reducir más económicamente el riesgo de no conformidad. Normalmente, esa parte tiene más información y experiencia con respecto al objeto. Cuando ella es también el fabricante del producto o el ejecutor de la obra, puede tomar las precauciones necesarias para disminuir el peligro de defectos en el producto final. Si emplea a otras personas para realizar el trabajo, puede elegir trabajadores más confiables y quizás también supervisar su trabajo. Cuando compra el objeto o partes del mismo a otros proveedores, está en mejor posición para indagar sobre su fiabilidad y la calidad de sus productos. Tiene control sobre el objeto hasta su

de revelar cualquier defecto[354] o problema conocido del producto, ya que ocultar dicha información podría generar daños a la otra parte. Esta vertiente no será objeto de mayor análisis y/o comparación en el presente estudio, pero cabe resaltar que este tema ha sido tratado legislativamente en ambos sistemas (*civil law* y *common law*) dentro del ámbito de los derechos del consumidor de manera similar.

Esta obligación se encuentra específicamente en el sistema legal anglosajón conocido como *common law* (como se detallará en el capítulo III). En el contexto contractual, se aplica la doctrina del "caveat emptor",[355] que gradualmente ha perdido fuerza en favor de la obligación de proporcionar información al consumidor. Esto se hace para proteger los derechos de los consumidores y abordar la

---

entrega al promitente, puede protegerlo de daños durante ese período y puede incluso influir en su uso después de su transferencia al promitente (es decir, mediante instrucciones de uso adecuadas).

De hecho, la conducta del promitente también puede servir para reducir el riesgo de no conformidad. Como se mencionó anteriormente, puede especificar sus necesidades particulares y, a veces, puede intervenir en el proceso de producción para prevenir defectos. Por lo tanto, se debe alentar al promitente a prevenir la no conformidad en aquellos casos donde la prevención por su parte sea más barata que por parte del promisor. Sin embargo, estas consideraciones no pueden inclinar la balanza hacia la colocación del riesgo en el promitente. El tener en cuenta estas consideraciones sólo lleva a calificar la responsabilidad del promisor en ciertas circunstancias. Así, el riesgo de no conformidad con fines particulares, de los cuales el promisor no fue informado, debe recaer en el promitente. También es posible excluir la confianza del promitente en la no conformidad de la que era consciente en el momento de la fabricación, a menos que notificara de inmediato al promisor (en la medida en que tal notificación hubiera permitido a este último superar o reducir la no conformidad, o mitigar sus costos) (pp. 79-80).

354 Roberts (2011) señala el deber de los vendedores de informar a los compradores sobre defectos materiales, lo cual podría considerarse una forma de deber de cuidado (p. 53).

355 La doctrina del "caveat emptor" ("let the buyer beware", que dice que el comprador de por sí debe darse cuenta de los errores del objeto que es material del contrato), será desarrollada al detalle en el capítulo III.

creciente necesidad de que los vendedores u oferentes de productos suministren información antes de que se realice una transacción.[356]

Por ejemplo, cuando un posible prestatario inicia los trámites para obtener un préstamo hipotecario, la entidad financiera está obligada a informar al prestatario sobre sus derechos y obligaciones,[357] así como a proporcionar todas las notificaciones relacionadas con el futuro préstamo.[358] Esto se rige por leyes como RESPA,[359] TILA,[360] FTC Act,[361] ECOA,[362] además de otras regulaciones[363] que establecen la

356 En este sentido, Kessler (1964) trae un concepto interesante con respecto a esta dinámica del deber de informar, mencionando el "deber de honestidad del oferente" y el "deber de autoprotección del ofertante" (pp. 401-449).

357 Tommasi (2012) discute la 'obligación de información correcta' y la 'prohibición de proporcionar información sobre hechos de los cuales no tiene conocimiento o no ha verificado'. Esto sugiere que el deber de cuidado se basa en la necesidad de precisión y honestidad en la información proporcionada (p. 118).

358 "Deber de cuidado" se refiere a la obligación del prestatario de cuidar la cosa que le ha sido prestada. Según el documento, se espera que el prestatario cuide el artículo con la misma diligencia que lo harían las personas más cuidadosas. Sin embargo, el nivel de cuidado requerido puede variar dependiendo de la naturaleza del préstamo (Cfr. Domat, 1850, pp. 293-294).

359 Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.)

360 Truth in Lending Act [TILA], 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.)

361 Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

362 Equal Credit Opportunity Act, 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).

363 Consumer Credit Protection Act of 1968, CCPA (Ley de Protección de Crédito al Consumidor) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores en relación con su crédito.
Consumer Data Protection Act of 2023 (Ley de Protección de Datos del Consumidor) (Estados Unidos). Esta ley protege los datos personales de los consumidores.
Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act of Illinois of 1961 (Ley de Fraude al Consumidor y Prácticas Comerciales Engañosas de Illinois) (Illinois). Esta ley protege a los consumidores de prácticas comerciales fraudulentas y engañosas.
Consumer Product Safety Act of 1972, CPSA (Ley de Protección del Consumidor de Productos y Seguridad de la Información) (Estados Unidos). Esta ley regula la venta de la mayoría de los productos de consumo y protege a los consumidores contra productos inseguros.
Consumer Protection Act of 2010 (Ley de Protección al Consumidor en Estados Unidos) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores.
Consumer Protection Act of Tennessee of 1977 (Ley de Protección al Consumidor de Tennessee) (Tennessee). Esta ley protege los derechos de los consumidores.

Equal Credit Opportunity Act (ECOA), 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe la discriminación en cualquier aspecto de una transacción de crédito en función de raza, color, religión, origen nacional, sexo, estado civil o edad.
Fair Credit Reporting Act of 1970, FCRA (Ley de Informe Crediticio Justo) (Estados Unidos). Esta ley regula la recopilación, difusión y uso de la información de crédito del consumidor.
Fair Debt Collection Practices Act of 1977, FDCPA (Ley de Prácticas de Cobro de Deudas Justas) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe ciertas prácticas de cobro de deudas y proporciona a los consumidores un medio para disputar y obtener la validación de las reclamaciones de deuda.
Federal Odometer Act of 1972 (Ley Federal del Odómetro) (Estados Unidos). Esta ley prohíbe la manipulación del odómetro de un vehículo de motor.
Federal Trade Commission Act, FTC Act of 1914 (Ley de Prácticas Comerciales Justas) (Estados Unidos). Esta ley promueve la competencia y protege a los consumidores de prácticas comerciales desleales.
Food, Drug, and Cosmetic Act of 1938 (Ley de Etiquetado de Alimentos y Medicamentos) (Estados Unidos). Esta ley regula la seguridad y el etiquetado de alimentos, medicamentos y cosméticos.
Home Ownership and Equity Protection Act HOEPA of 1994 (Ley de Protección de la Propiedad y el Patrimonio de la Vivienda) (Estados Unidos). Esta ley protege a los consumidores de prácticas abusivas en refinanciaciones y préstamos con garantía hipotecaria con tasas de interés o tarifas altas.
Interstate Land Sales Full Disclosure Act of 1968 (Ley de Divulgación Completa de Ventas Interestatales de Tierras) (Estados Unidos). Esta ley regula la venta de lotes en subdivisiones que se comercializan y venden a través del comercio interestatal.
Magnuson-Moss Warranty Act of 1975 (Ley de Garantía Magnuson-Moss) (Estados Unidos). Esta ley regula las garantías en productos de consumo.
Patient Protection and Affordable Care Act of 2010, ACA (Ley de Protección del Consumidor de Seguros de Salud) (Estados Unidos). Esta ley protege los derechos de los consumidores en relación con los seguros de salud.
Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.). Esta ley requiere que los prestamistas, corredores de hipotecas o administradores de préstamos hipotecarios proporcionen a los prestatarios divulgaciones pertinentes y oportunas sobre la naturaleza y los costos del proceso de liquidación de bienes raíces.
Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.). Esta ley protege a los consumidores al requerir divulgaciones claras y precisas sobre los términos del crédito.
Uniform Voidable Transactions Act of 1984 (Ley Uniforme de Transacciones Anulables) (Estados Unidos). Esta ley proporciona a los acreedores el derecho de demandar a los deudores y cesionarios por transferencias fraudulentas o injustas de activos o propiedades.
Unfair and Deceptive Trade Practices Act of New York (Ley de Prácticas Comerciales Desleales Engañosas de 1970, Ley General de Negocios de NY Sección 349) (Nueva York). Esta ley protege a los consumidores de actos y prácticas engañosas. Tanto

obligación de brindar información.[364]

c). Deber de negociar de buena fe[365] (también conocida como la Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares "RINP"[366]): Este deber implica que las partes deben llevar a cabo las negociaciones de manera honesta, leal y justa.[367] Se espera que ambas partes actúen con sinceridad y no utilicen tácticas engañosas[368] o desleales para obtener una ventaja injusta. Esta vertiente de la CIC es conocida como

---

el Fiscal General como los consumidores tienen derecho a emprender acciones legales contra las empresas que cometan actos ilegales.

Unfair and Deceptive Trade Practices Act of North Carolina 1973 (Ley de Prácticas Comerciales Desleales Engañosas de Carolina del Norte) (Carolina del Norte). Esta ley prohíbe a las empresas participar en actos o prácticas comerciales injustos o engañosos.

Uniform Voidable Transactions Act (Ley Uniforme de Transacciones Anulables de 2014, UVTA) (Estados Unidos). La Ley Uniforme de Transacciones Anulables (UVTA) es una ley que permite a los acreedores recuperar la propiedad que fue transferida por un deudor con la intención de defraudar, obstaculizar o engañarlos.

364 Para un estudio más profundo del "duty to disclose" (deber de informar, en el contexto del Federal Trade Commission Act (FTC Act), que es la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC Act, por sus siglas en inglés) que prohíbe métodos desleales de competencia y actos o prácticas desleales o engañosas en o que afecten el comercio, consultar el trabajo de Shell, R. (1988). Substituting Ethical Standards for *Common law* Rules in Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend. 82 *Nw. U. L. Rev.*, pp. 1198 y ss.).

365 Pardolesi (2011) señala la importancia de negociar de buena fe y la responsabilidad de no retirarse de las negociaciones sin una razón válida (pp. 383-384).

366 Dentro de este deber de negociar de buena fe, existen tres subtipos: 1). Ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP). 2). Celebración de un contrato que resulta inválido posteriormente y cuya invalidez resulta a consecuencia de la violación de la buena fe precontractual. 3). Celebración de un contrato válido pero desventajoso para una de las partes como consecuencia de la actuación desleal de la otra en la fase precontractual, así como lo exponen García, M. y Otero, M. (2010, p. 33).

367 En este tercer grupo de casos Arenas-García (2007), con respecto a la CIC, se refieren a los casos donde se produce la nulidad de un contrato cuando uno de los contratantes conocía de esta nulidad o es responsable de la misma (p. 320).

368 Nickl (2004) piensa que el "dolus" (engaño) es un elemento clave en algunos casos y menciona el concepto de "Treu und Glauben" (buena fe) en relación con la *culpa in contrahendo*, en el sentido de evitar crear impresiones falsas durante las negociaciones contractuales (pp. 144-145).

la "ruptura injustificada [maliciosa] de negociaciones preliminares" en el derecho italiano y alemán. Esta vertiente de la CIC será la que sirva de herramienta para compararla con el *promissory estoppel* (PE) del *common law* americano, especialmente con la figura del *misrepresentation* (en el capítulo III y apéndice III), y del PE en el capítulo V (y apéndice IV).

Sin embargo, como también lo veremos más tarde en el capítulo V, los supuestos de engaño o mala fe no están incluidos en el tema de la PE (*promissory estoppel*) por cuanto dichos supuestos son parte del engaño o *misrepresentation* que lo estudiaremos en el capítulo III, dedicado al estudio comparativo de la CIC con el *misrepresentation* que tiene de por sí su consecuente correlato legal.

Estos tres escenarios son de gran relevancia y representan las principales áreas que examinaremos en este capítulo.[369] Pondremos un énfasis particular en la tercera vertiente (RINP) ya que será objeto de comparación en los capítulos III y V de este trabajo.

2. VERTIENTES DE LA CIC

Ahora bien, la responsabilidad precontractual es la que entendemos dentro del *civil law* como un escenario de responsabilidad anterior a la comisión del contrato que se deriva de una acción, omisión, hecho o situación anterior a la realización del contrato.[370] En esencia, la *culpa in contrahendo* abarca estas tres vertientes de

369 Un cuarto grupo de casos, como lo describen Arenas-García (2007) se refiere a aquellas situaciones en las cuales una de las partes se niega a perfeccionar el contrato, pero estos casos son vistos en el *common law*, como situaciones de "specific performance", o sea de conminar a la otra parte a que cumpla con su promesa, y no tienen mayor relevancia en el contexto de la responsabilidad precontractual (p. 323).

370 Arenas García (2007, p. 319).

obligaciones impuestas por la ley, cuyo incumplimiento de cualquiera de estos deberes puede dar lugar a la obligación de indemnizar.

2.1. Deber de cuidado o de protección[371]

2.1.1. Introducción

Como se mencionó en el primer capítulo, cuando estudiamos a Siber[372] y los tratadistas posteriores a Ihering, el caso emblemático[373] que marca el inicio de los casos sobre el deber de protección[374] en la doctrina alemana es el caso del linóleo o *Linoleonfall*.[375] Como recordamos, este caso, influenciado por la teoría de Leonhard, involucra la responsabilidad del vendedor[376] de telas cuyo empleado deja caer dos rollos de telas pesadas sobre la potencial clienta y su hija menor de mientras están en negociaciones o tratativas.[377]

---

371 Canaris (1965) cree que existen "deberes especiales de cuidado, custodia, información, etc." que existen entre las partes antes de que se forme un contrato (p. 476).

372 Para Siber (1914) "deber de cuidado" se refiere a la obligación de cuidar de algo, ya sea una persona, un objeto o una propiedad. Esta obligación puede surgir de un contrato, de la interpretación de un contrato o de un deber legal. A veces se utiliza de manera inexacta para referirse a obligaciones que realmente no encajan bajo esta definición. En inglés, se traduce como "duty of care" y se entiende como una reducción del derecho del acreedor y la obligación del deudor. El deber de cuidado se determina mediante el estándar objetivo de lo que se requiere en la situación dada, pero el elemento subjetivo de la culpa queda a discreción de los tribunales (pp. 186-190, 220-222, 305).

373 Tomás Martínez (2010) llama "emblemático" este caso en relación con el sistema de responsabilidad precontractual del derecho alemán (p. 202).

374 Groeschke (1993) considera que la responsabilidad se deriva del deber de velar por la salud y los bienes de la otra parte en una relación precontractual (p. 62).

375 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

376 Para Ferrer Vanrell (2009) el término "deber de cuidado" se refiere a la obligación de un profesional de cumplir con sus deberes utilizando el conocimiento técnico y el cuidado que razonablemente se espera de ellos, teniendo en cuenta las expectativas legítimas del consumidor. Esto implica que los profesionales deben actuar con un nivel de competencia y diligencia acorde con las normas de su campo y con las necesidades y derechos del consumidor, asegurándose de que sus acciones o inacciones no causen daño innecesario o perjuicio (p. 83).

377 Para García Rubio (1991) la buena fe es el elemento clave de la CIC en los deberes de protección (pp. 54-55).

El Tribunal imputó responsabilidad por los daños sufridos por la clienta y su hija al dueño del negocio a partir de los postulados del numeral 278 del BGB (Código Civil Alemán de 1900, anterior a la enmienda del 2002) que planteaba la llamada responsabilidad objetiva o vicaria en su artículo 278: "El obligado es responsable de la culpa por parte de su representante legal y de las personas cuyos servicios utiliza para cumplir con su obligación, en la misma medida en que es responsable por su propia culpa."[378]

Por su parte el numeral 831 del BGB de 1900 estipulaba:

1. Una persona que despliega a otra persona para realizar una tarea es responsable de indemnizar por el daño que la otra persona cause ilegalmente a un tercero al realizar la tarea. La responsabilidad civil no se aplica si el principal ejerce la diligencia debida en las operaciones comerciales al seleccionar a la persona desplegada y, en la medida en que deban adquirir dispositivos o equipos o gestionar la actividad empresarial, en dicha adquisición o gestión, o si el daño se habría producido incluso si se hubiera ejercido esta diligencia.
2. La misma responsabilidad incumbe a una persona que asume el cumplimiento de una de las transacciones especificadas en el párrafo 1, frase 2, para el principal por contrato.

Por su parte, Cabanillas Sánchez (2015) pronunciándose sobre este tema, opina:

> El caso del linóleo es esencial para que empiece a considerarse en el Derecho alemán la posibilidad de que los deberes precontractuales no sólo sean de información

378 Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania).

> y lealtad, sino también de protección de la integridad física o los bienes de la otra parte.
>
> Un importante sector de nuestra doctrina, así como de la italiana, no considera que el caso descrito dé lugar a responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*), argumentando que el mismo y cualesquiera otros semejantes pertenecen al terreno de la pura responsabilidad extracontractual.

Se dice que el Derecho español (también el italiano) conoce una cláusula general de responsabilidad civil que hace innecesario el recurso a la relación jurídica de protección y aleja supuestos como el del linóleo del marco de la *culpa in contrahendo* (pp. 780-781).

En este sentido, Luján Sandoval (2017) piensa que los alcances doctrinarios de este caso del linóleo hubieran sido distintos si se hubiese prescindido del numeral 278 del BGB, y en su reemplazo se hubiese utilizado el numeral 831 del BGB, ya que el párrafo 1 de este numeral 831 da la posibilidad de que el principal demuestre que utilizó su diligencia adecuada, con lo cual dejaría al agente como único responsable frente a la víctima (p. 243).

Ahora bien, el incluir este deber de protección dentro de los trebejos de la CIC, como primera vertiente de esta teoría, no se ve mellado por el hecho de sugerir su tratamiento bajo el sistema de responsabilidad extracontractual (*neminem laedere* o *alterum non laedere*[379] o la "obligación de no dañar a un tercero" del numeral 1902 del CC español).[380]

---

379 Por su parte Estevill (1995) menciona la importancia del principio de "alterum non laedere" (no dañar a otros) como base para la responsabilidad civil. Este principio podría considerarse análogo al deber de cuidado (pp. 1101-1102).

380 Cabanillas Sánchez (2015) lo explica de la siguiente manera: "Utilizar el artículo 1902 del Código Civil no resulta un argumento persuasivo en contra de incluir este

Sin embargo, como lo veremos más adelante, en el sistema de responsabilidad extracontractual del *common law*, es irrelevante que el principal demuestre que ejercitó su debida diligencia, puesto que el hecho de que las telas caigan sobre un potencial cliente es prueba de que hubo alguna negligencia en la forma de organizar las telas y era en todo caso previsible que pudieran caerse encima de una persona, con lo cual la imputación de responsabilidad es objetiva y vicaria, o sea la negligencia del empleado[381] se le imputa objetiva y vicariamente al dueño del negocio.[382]

Todos estos temas los veremos en detalle a continuación, pero primero veamos la parte histórica del deber de protección o de cuidado, remontándonos al estudio del Digesto romano.

2.1.2. Tratamiento del deber de cuidado en el Digesto

Como nota histórica traemos a colación algunas citas del Digesto del Emperador Justiniano (en adelante "El Digesto")[383] con respecto al deber de cuidado o de protección, con el fin de entender cuál es la base jurídica que sostiene tal obligación en el sistema romano. Vamos a proceder a organizar las citas pertinentes en el siguiente cuadro, para luego proceder a realizar un breve análisis.

---

caso en el contexto de la responsabilidad precontractual, tal como se ha explicado previamente al abordar el problema de su naturaleza. Es crucial resaltar que, para que la responsabilidad precontractual derivada de la violación de un deber de protección pueda ser considerada de manera rigurosa, es necesario que el daño ocurra en la integridad física o en los bienes de una de las partes durante el transcurso de las negociaciones contractuales" (pp. 782-783).

381 Oughton y Davis (2000) mencionan que un empleado implícitamente se compromete a utilizar un cuidado y habilidad razonables (p. 240).

382 Por ejemplo, en los negocios de transacciones bancarias, el "Deber de cuidado" -para Franzoni (2013)- se refiere al deber que tiene un banco de proteger los intereses de las partes involucradas en una transacción. Este deber surge del "contacto social" o interacción social que se produce entre el banco y la parte interesada (p. 44).

383 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
3.1 (1.15)	3. Paulus, Sobre los Deberes del Prefecto de la Guardia Nocturna. De hecho, Augusto consideraba que la seguridad de la República no podía ser mejor protegida que por él, y que nadie estaba tan capacitado para la tarea como el Emperador. Por lo tanto, destacó siete cohortes en lugares adecuados, para que cada cohorte pudiera proteger dos barrios de la ciudad; estas estaban comandadas por tribunos, y por encima de ellos se encontraba un oficial superior designado como el Prefecto de la Guardia Nocturna. (1) El Prefecto de la Guardia Nocturna se encarga de los incendiarios, ladrones, rateros, asaltantes y encubridores de criminales, a menos que el culpable sea tan feroz y notorio que sea entregado al Prefecto de la Ciudad. **Y dado que, en su mayoría, los incendios son causados por la negligencia de los habitantes, o bien hace azotar a aquellos que han sido descuidados en cuanto al fuego, o perdona el castigo y les da una severa advertencia**.
54.2 (5.2)	54. Julianus, Digesto, Libro VI. (2) Cuando los edificios y terrenos se han deteriorado **debido a la negligencia del poseedor**; por ejemplo, cuando viñedos, huertos o jardines han sido cultivados de una manera que no era similar a la empleada por el propietario fallecido; **el poseedor debe permitir una evaluación** de los daños en el tribunal para determinar en qué medida la propiedad ha disminuido en valor.
16.1-parr (6.1)	16. Paulus, Sobre el Edicto, Libro XXI. (1) No se considera un caso de **negligencia** cuando el poseedor despacha un barco, que es objeto de litigio, a través del mar en un momento adecuado, incluso si se pierde**; a menos que lo haya confiado al cuidado de personas incompetentes**.
1.1-4 (9.3) Ley Aquilia	1. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXIII. El Pretor dice con respecto a aquellos que arrojan o derraman algo: Donde se arroja o derrama algo desde cualquier lugar en un lugar donde las personas suelen pasar o estar, **concederé una acción contra la parte que reside allí por el doble del monto del daño causado**. Si se alega que un hombre libre ha sido asesinado por un golpe de algo que cayó, concederé una acción por cincuenta áureos. Si la parte está viva y se dice que está herida, concederé una acción por una cantidad que parezca justa al juez para que se ordene a la parte demandada que pague. Si se alega que un esclavo cometió el acto sin el conocimiento de su amo, agregaré a la petición en el caso las palabras “O entregue al

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
	esclavo a modo de reparación". (1) Nadie negará que este Edicto del Pretor es de gran ventaja, ya que es para el bienestar público que las personas puedan transitar por las carreteras **sin temor ni peligro**. (2) Sin embargo, hace muy poca diferencia si el lugar es público o privado, siempre y cuando las personas pasen comúnmente por allí; porque el Pretor tenía en mente a personas que estaban yendo a su camino, y no se prestó atención especial a las carreteras; porque esos lugares por los que las personas pasan comúnmente **deben tener la misma seguridad**. Si, sin embargo, hubo un momento en que las personas no pasaban comúnmente por ese camino, y luego algo se arroja o derrama mientras el lugar estaba cercado, pero solo después comenzó a ser utilizado para el tránsito; la parte no será responsable bajo este Edicto. (3) Donde algo cae mientras está colgado, la mejor opinión es que se debe considerar que fue arrojado; por lo tanto, cuando algo se derrama de un recipiente que está suspendido, incluso sin la intervención de nadie, se debe decir que el Edicto es aplicable. (4) Esta acción *in factum* se concede contra la parte que se alojó en la casa en el momento en que algo fue arrojado o derramado, y no contra el dueño de la casa, porque la culpa recae en la primera. No se menciona la negligencia ni que el demandado niega el hecho, con el fin de autorizar una acción por daños dobles, aunque ambos asuntos se mencionan como base para una acción por daño injusto.
13-parr (19.2)	13. *Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro* XXXII. También se hace la pregunta, cuando el conductor de un vehículo, al tratar de adelantar a otros, vuelca a uno y hiere o mata a un esclavo, ¿qué curso debe seguir? Creo que una acción sobre la contratación le perjudicará, porque **debería haber sido más cuidadoso**. Además, se le concederá una acción pretoriana bajo la *Lex Aquilia.*
13.1 (19.2)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (1) Si el capitán de un barco recibiera un cargamento para ser llevado a Minturn?, y, como su barco no pudo remontar el río, debe transferir la mercancía a otro que se perdió en la desembocadura del río; en este caso, el primer capitán será responsable. Labeo dice que, **si no fue culpable de negligencia, no será responsable**; pero si obró contra el consentimiento del dueño, o transfirió la carga en tiempo en que no debía hacerlo, o la cargó en un buque menos marinero que el suyo; puede ejercitarse contra él una acción de contratación.

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
5.9 (13.6)	5. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXVIII. (9) Se debe ejercer tanta **diligencia** con respecto a la propiedad prestada para su uso, que también debe aplicarse con respecto a lo que sigue a la propiedad en cuestión; como, por ejemplo, si te presté una yegua que iba acompañada de un potro, las antiguas autoridades sostenían que también estabas obligado a usar el **cuidado adecuado** en el trato del potro.
18-parr (13.6)	18. Gaius, sobre el edicto provincial, Libro IX. Cuando se presta propiedad, se debe ejercer **la misma diligencia que un cabeza de familia muy cuidadoso emplea con respecto a su propia propiedad**, de modo que no sea responsable por un accidente, excepto aquellos que no pueden resistirse; como, por ejemplo, las muertes de esclavos que ocurren sin malicia ni negligencia de su parte, los ataques de ladrones y enemigos, las estratagemas de piratas, los naufragios, los incendios y la fuga de esclavos a los que no es común mantener bajo custodia. Con respecto a lo que hemos dicho acerca de los ladrones, piratas y naufragios, debemos entender que se refiere a los casos en que se ha prestado propiedad a una persona de tal manera que pueda llevarla consigo en un viaje; sin embargo, si presté plata a alguien porque dijo que iba a invitar a algunos amigos a cenar, y se la lleva fuera del país, no cabe duda de que será responsable de cualquier cosa que ocurra debido a los actos de piratas y ladrones, o por motivo de un naufragio. Esto es válido cuando la propiedad se prestó solo como un favor al prestatario, pero si se hizo en beneficio de ambas partes, por ejemplo, cuando invitamos a un amigo en común a cenar, y te encargas de gestionar el asunto, y yo te presto la vajilla; soy consciente de que algunas autoridades sostienen que solo eres responsable por mala fe, pero debe considerarse si no eres también responsable por negligencia, ya que la determinación de la negligencia se realiza habitualmente según el mismo principio que cuando se entrega propiedad en prenda o como dote.
14-parr (13.7)	14. Paulus, On the Edict, Book XXIX. Por lo tanto, se requiere **la misma diligencia que un cabeza de familia cuidadoso suele ejercer en sus propios asuntos por parte del acreedor**.

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
7.1 (14.1)	7. Africanus, Preguntas, Libro VIII. (1) En ocasiones, se debe considerar si el dinero se prestó en un lugar donde lo que se avanzó como préstamo podría obtenerse; como dice Africano, ¿qué sucedería si alguien prestara dinero para comprar una vela en una isla de tal descripción que una vela no se pudiera obtener allí en ninguna circunstancia? Y, en general, **el acreedor está obligado a ejercer cierto cuidado en la transacción**. (2) Casi la misma regla se aplica cuando se hace una consulta con respecto a la acción institoria; en este caso también, **el acreedor debe saber que la compra de la mercancía para la cual se nombró al esclavo era necesaria; y será suficiente si hizo el préstamo con este fin, pero no se requerirá también que él mismo se encargue de averiguar si el dinero se gastó para este propósito**. El principio de la tenencia en común se aplica no solo al barco sino también a la carga, a menos que se disponga lo contrario; el capitán, considerado como el agente de confianza de los propietarios, se considera investido tácitamente con autoridad para obligarlos sin su consentimiento en todos los asuntos relacionados con la gestión general y la navegación del barco; una regla de antigüedad desconocida, pero que obviamente se deriva de las primeras edades del comercio. Él es personalmente responsable de sus contratos, de los cuales, sin embargo, puede obtener exención por acuerdo especial. Al igual que en el caso de un copropietario, puede vender o hipotecar toda o parte de la carga, así como el barco, si surge un peligro repentino contra los demás cuya mercancía se salvó, para que la pérdida se distribuya proporcionalmente. Servio, de hecho, respondió que deberían proceder contra el capitán del barco en virtud del contrato de transporte para obligarlo a devolver la mercancía de los demás, hasta que compensen su parte de la pérdida. Incluso si el capitán retiene la mercancía, en cualquier caso, tendrá derecho a una acción en virtud del contrato de transporte contra los pasajeros.
1.35 (16.3)	1. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXX. (35) A menudo sucede que la propiedad o el dinero que se deposita se dejan al riesgo de la parte a quien se le confía, por ejemplo, cuando las partes han acordado esto especialmente. Sin embargo, Julio declara que, si alguien se ha ofrecido como depositario, asume el riesgo del depósito, **de modo que debe ser responsable no sólo por el fraude, sino también por la negligencia y la custodia**, pero no por accidentes.

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
32-parr (16.3)	32. Celsus, Digesto, Libro XI. Aunque la afirmación de Nerva de que **la negligencia grave es fraudulenta** no es aceptada por Proculus, me parece perfectamente cierta. **Incluso si alguien no es tan diligente como lo requiere la naturaleza humana, aún así no estará libre de fraude si no muestra la misma solicitud con respecto a un depósito que es habitual en él**. La buena fe no se mantendrá si demuestra menos diligencia con respecto a dicho depósito que la que exhibe con respecto a su propia propiedad.
35-4 (18.1)	35. Gaius, sobre el edicto provincial, Libro X. (4) Si la propiedad que se compra se pierde por robo, primero se debe considerar lo que se acordó entre las partes con respecto a su custodia. Si no parece haberse llegado a un acuerdo, **se debe exigir al vendedor el mismo cuidado en su custodia que ejercería un buen cabeza de familia con respecto a su propia propiedad**.[384] Si él usó dicho cuidado y, sin embargo, la propiedad se perdió, estará protegido, ya que puede ceder su derecho de acción para recuperarla, así como su derecho de acción personal al comprador. Por lo tanto, debemos considerar la posición legal de aquel que vende propiedad perteneciente a otro, ya que no tiene derecho a una acción para recuperarla ni a una acción personal tampoco. Por esta razón, se debe dictar sentencia en su contra, porque si hubiera vendido su propia propiedad, habría podido ceder estos derechos de acción al comprador.
2.1 (18.6)	2. Gaius, Ocurrencias Diarias, Libro II. (1) Además, veamos de qué manera debe cuidar el vendedor del vino antes de que llegue el momento designado para medirlo; ¿**debe ejercer una diligencia exacta u ordinaria**, o solo es responsable por fraude? Creo que el vendedor debe ejercer simplemente una **diligencia ordinaria** y que está exento en caso de accidentes inevitables o la manifestación de fuerza superior.

384 Novoa (2005) hace una atingencia importante con respecto a la custodia que la obligación de custodia y conservación, impone un deber de proteger y tomar custodia de todo lo que ha sido entregado por la otra parte durante las negociaciones preliminares (*pp.* 593-594).

Referencia del Digesto	Cita textual del Digesto
36-parr (19.1)	36. Paulus, On Plautius, Libro VII. El vendedor de una casa debería celebrar una estipulación relativa a posibles daños antes de transmitirla, **porque está obligado a ejercer el debido cuidado y diligencia antes de entregar la posesión de la propiedad**, y hacer tal estipulación forma parte de dicho cuidado y diligencia. Por lo tanto, si descuida hacerlo, será responsable ante el comprador.
9.5 (19.2)	9. Ulpianus, Sobre el Edicto, Libro XXXII. Celsus también afirma en el Octavo Libro del Digesto que la **falta de habilidad debe ser equiparada a la negligencia**. Cuando una parte alquila terneros para ser alimentados, o ropa para ser reparada, o un artículo para ser pulido, debe ser responsable por negligencia, y **cualquier error que cometa por falta de habilidad se considera negligencia**, porque alquila la propiedad en calidad de artesano.

En el derecho romano, la obligación de cuidar y proteger la propiedad ajena y evitar dañar a terceros era una norma fundamental, cuya infracción por negligencia conllevaba diversas sanciones.[385]

En el ámbito público, como lo ilustra el caso del Prefecto de la Guardia Nocturna, se encargaba de proteger a la comunidad de amenazas como incendios y delitos. La negligencia en la prevención de incendios podía resultar en castigos o severas advertencias, demostrando la importancia de la diligencia[386] en el mantenimiento de la seguridad pública.[387]

385 En este contexto del derecho de daños, Coester (2003) sugiere que el deber de cuidado es una obligación legal actuar de cierta manera para evitar dañar a otros (pp. 301-302).

386 Moisá piensa que el "deber de cuidado" es un deber general de prudencia y diligencia. No es técnicamente una obligación, sino más bien un deber que está vinculado al cumplimiento de la disposición (pp. 184-185).

387 Para Massimo Franzoni (2013) se refiere a la responsabilidad de varias personas de cuidar a otros, como la responsabilidad de un tutor de cuidar a una persona incapacitada, o la responsabilidad de un maestro de cuidar a un estudiante (pp. 41-42).

En la esfera privada, la negligencia en el cuidado de propiedades, como los edificios y terrenos, tenía consecuencias económicas. Por ejemplo, si un terreno se deterioraba por descuido, el responsable debía permitir una evaluación de los daños y asumir las pérdidas en valor.

En actividades como el transporte marítimo, el capitán de un barco tenía la responsabilidad de proteger la carga. Si ésta se perdía por decisiones negligentes, como transferirla a un barco inseguro, el capitán enfrentaba responsabilidades legales.

El derecho romano también abordaba situaciones en las que objetos lanzados o derramados desde edificaciones causaban daño a terceros. En tales casos, se concedían acciones legales contra quienes residían en el lugar del incidente, reflejando la obligación de no causar daño[388] a otros[389] y la responsabilidad que conllevaba la negligencia.

Además, se esperaba que aquellos a quienes se les prestaba propiedad ejercieran un cuidado similar al de un "cabeza de familia muy cuidadoso."[390] La falta de este nivel de diligencia podía resultar en responsabilidad por daños accidentales.[391]

---

388 Para Estevill (1995) el "deber de cuidado" se refiere al deber responsabilidad que uno tiene para evitar causar daño a otra persona, o sea no causar daño a otra persona, y la importancia de ser prudente y respetuoso en las interacciones con los demás (p. 797).

389 Según Gómez Calle (1994) el "deber de cuidado" probablemente caería bajo la categoría de protección, que se describe como relacionada con la integridad y la propiedad de la otra parte (p. 28).

390 Amayuelas (2009) pone énfasis entre el vínculo del deber de cuidado con la obligación de ser cuidadoso (p. 237).

391 Zamir (1991) ha puesto énfasis en el deber de diligencia y habilidad (due care and skill) en el contexto contractual: "El promitente, que tiene el control directo o indirecto del objeto, debe ser instado a tomar precauciones contra lesiones y daños que puedan ser prevenidos económicamente. En este sentido, no hay una diferencia esencial entre un promitente profesional y uno no profesional." (pp. 78). En el mismo

Así, el derecho romano establecía un claro deber de cuidado y protección, tanto en el manejo de la propiedad propia como en la interacción con la propiedad ajena[392] y con terceros, subrayando la importancia de la responsabilidad y la diligencia para el mantenimiento del orden y la justicia en la sociedad.

Con este contexto histórico, podemos concluir que la noción del deber de cuidado o protección tiene sus raíces en la antigua Roma. El Digesto, un texto romano, nos proporciona evidencia de cómo la sociedad romana se organizaba en torno a principios generales como la justicia, prudencia,[393] la buena fe y la diligencia.[394] Al analizar estos textos romanos, podemos apreciar que el concepto del deber de protección o cuidado estaba relacionado con la responsabilidad de actuar con el mismo cuidado que un "pater familis" (padre de familia)[395] usaría para proteger sus propios bienes. En Roma, se imponía un deber de cuidado respaldado por la diligencia[396] común,[397]

---

sentido Burton (1995) menciona el 'convenio implícito de cuidado debido (implied covenant of due care). (pp. 369 y ss.).

392 Domat (1850) manifiesta que el arrendatario está obligado a utilizar la cosa que alquiló de manera adecuada y cuidadosa, y no hacer ni permitir nada que pueda perjudicar al arrendador (p. 610).

393 El "deber de cuidado", nos dice De la Puente y Lavalle (2007), se basa en la idea de que las partes involucradas en una negociación deben actuar con diligencia y prudencia para proteger los intereses de la otra parte (p. 356). Asimismo, Hill (1973) manifiesta que el deber de cuidado está relacionado con la obligación de actuar con precaución o prudencia razonable para evitar dañar a otros (pp. 685-686).

394 Para Rodríguez de las Heras (2015), el deber de cuidado se vincula con el deber de diligencia (p. 1816).

395 El estándar que usa Mosset Iturraspe (2006) para describir el deber de cuidado es de una persona racional en similares circunstancias que toma precauciones razonables (p. 56).

396 "Quien no tenga el debido cuidado actúa negligentemente" piensa Moisá (2014, p. 179).

397 El sentido del deber de cuidado se refiere en el contexto del deber de no dañar a terceros. Sin embargo, Ihering (1861) interpreta el "deber de cuidado" derivado de la obligación de actuar con diligencia cuando se ingresa a un contrato (pp. 87-90).

y su incumplimiento (negligencia) conllevaba sanciones, como la obligación de indemnizar.

Este concepto del deber de protección, que se deriva del deber impuesto por la ley de cuidar (*duty of care*[398] en el *common law*[399]), es la inspiración moderna[400] para el sistema de responsabilidad extracontractual.[401] Sin embargo, cuando se trata del caso del linóleo, el sistema de responsabilidad extracontractual en Alemania era ineficiente, por lo que tuvieron que vincular la obligación de indemnización con un marco contractual, a diferencia del sistema romano en el cual la obligación de cuidado se derivaba del orden público que protegía los derechos de terceros y la consiguiente obligación de no causarles daño, al igual que el moderno sistema del common law.

---

398 "Duty of care" puede también se usado en un contexto contractual, así Oughton y Davis (2000) mencionan la necesidad de que los bancos y otras instituciones financieras tomen "medidas razonables" para asegurarse de que una persona esté entrando en un contrato libremente y con conocimiento de los riesgos involucrados (pp. 587-588).

399 No se debe confundir el concepto de "duty of care" del sistema extracontractual con el de "due care and skill" del sistema contractual. Zamir (1991) explica este concepto en el contexto de conformidad contractual:
El concepto de 'conformidad' o 'no conformidad' tiene varios significados en el derecho contractual, en diferentes niveles de abstracción. En el sentido más abstracto, puede verse como sinónimo del término 'incumplimiento'. Los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*), y el cumplimiento debe ajustarse al acuerdo. En este sentido, es posible describir todo acto u omisión contrario a un contrato en términos de conformidad o no conformidad. Por ejemplo, cuando un promitente está obligado a actuar con la debida diligencia y habilidad [*due care and skill*], y actúa negligentemente, su conducta no se ajusta a su obligación. De manera similar, cuando el Código Comercial Uniforme (U.C.C.) define (en la Sección 2-106(2)) bienes o conducta como 'conformes' al contrato siempre que estén 'de acuerdo con las obligaciones bajo el contrato', puede tener ese mismo amplio significado (pp. 39-40).

400 En el contexto del derecho anglo-australiano, Hiscock (1996) menciona que en el derecho anglo-australiano, el concepto de proximidad se utilizó para establecer un deber general de cuidado en la negligencia (pp. 1059 y ss.).

401 Según Cartwright (2009) el deber de cuidado surge siempre que la buena fe y el trato justo lo requieran (p. 242).

Asimismo, en España, por ejemplo, el numeral 1902 del Código Civil español[402] tiene una impresionante semejanza con este sistema extracontractual romano, cuyo fundamento se enanca en el deber de no dañar a terceros (*neminem laedere* o *alterum non laedere*).

En este contexto, procederemos a analizar el caso del linóleo y posteriormente examinaremos su naturaleza jurídica.

2.1.3. Análisis del caso "Linóleo"o *Linoleonfall* [403]

La sentencia del Tribunal alemán narra los hechos de una señora que junto a su hija van a comprar a una tienda de telas. Al entrar a la tienda, le dicen al dependiente de la tienda que le saque un rollo de la tela que querían comprar, y al momento de sacar ese rollo, cayeron otros dos rollos más sobre la señora y la hija, ocasionando heridas a ambas.

Si bien es cierto no existe contrato, el Tribunal argumentó que existió una relación contractual preparatoria.[404] Como vimos anteriormente en el Capítulo I, éstas son las ideas de la doctrina posterior a Ihering, frente a las falencias del sistema extracontractual alemán que no abrigaba la posibilidad de indemnizar a la parte afectada por razones patrimoniales, sino solamente por la afectación al cuerpo y la salud.[405] De modo que, la CIC fue la respuesta para dar cobertura

402 El artículo 1902 del Código Civil español se refiere a la responsabilidad extracontractual. Este artículo establece que la persona que cause un daño por acción u omisión, mediante culpa o negligencia, está obligada a reparar dicho daño causado a otra persona (Código Civil español [CCE], 1902, aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

403 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

404 Según Kovac (2019), El caso "linóleo o Linoleonfall" se basa en el establecimiento de una relación legal entre las partes en preparación para una compra, y el deber de cuidado que tanto el vendedor como el comprador potencial tienen el uno con el otro. Parece haber surgido de un incidente en el que un asistente de ventas causó la caída de dos rollos de linóleo, lesionando a un cliente y a su hija (p. 17).

405 Nos referimos al antiguo numeral 309 del BGB de 1900. Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania).

a aquellas situaciones desprotegidas por el sistema extracontractual creando la ficción de que la relación contractual empieza en la etapa "in contrahendo", o sea en la etapa preparatoria.[406] En este caso del linóleo o *Linoleonfall*[407] vemos cómo el Tribunal parcialmente acoge por primera vez el postulado de la CIC en el sentido de socorrer a la demandante que no tenía una relación contractual con la tienda pero que sufre danos no cubiertos por el sistema extracontractual imperante en Alemania.[408]

Como podemos apreciar, la obligación indemnizatoria en este caso nace a partir de una imputación objetiva que la ley hace a partir de un tramado cuasi contractual donde un dependiente de una tienda entra en tratos preparatorios contractuales con una posible clienta. A partir de allí nace un deber de cuidado, cuya violación genera un daño que por culpa del dependiente *in contrahendo* tiene que resarcir.[409]

---

406 Similarmente Cabanillas Sánchez (2015) sugiere que el deber de protección es uno de los deberes que surge del principio de buena fe en la fase precontractual. Estos deberes son impuestos por la ley y la buena fe a las partes involucradas en las negociaciones, con el fin de proteger sus esferas personales y patrimoniales de cualquier daño que pueda surgir de la relación (pp. 750 y ss.).

407 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

408 Con respecto a este caso, Asúa González (1989) nos comenta:
El argumento utilizado por este tribunal no fue el de la existencia de un contrato preparatorio sino la de una relación preparatoria de la compra con carácter similar a la contractual y creadora, tanto en el vendedor como en el comprador, de un deber de cuidado respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen, según el RG en la solicitud -y su posterior aceptación por parte del dependiente- de que se procediera a la muestra de las mercancías. El hecho de que el Linoleumfall- caso del linóleo- se reconociera por primera vez una obligación indemnizatoria de acuerdo a principios contractuales, sin haberse celebrado un contrato y sin recurrir tampoco a la ficción de su existencia, ha hecho que el mismo sea señalado como la primera ocasión en que se reconoció a nivel jurisprudencial la responsabilidad por CIC (p. 92).

409 Pardolesi (2011) estudia el concepto de 'culpabilidad' vinculado a la diligencia. Esto sugiere que el deber de cuidado puede estar relacionado con la idea de evitar conductas negligentes o intencionales que podrían dañar a otra parte (p. 175).

2.1.4. Naturaleza jurídica del deber de cuidado[410]

A partir del análisis del caso de linóleo, acometemos ahora la tarea de desentrañar la esencia de la naturaleza jurídica de esta vertiente de la CIC. Recordamos que en el capítulo I vimos detalladamente el intenso debate que se vierte sobre la naturaleza jurídica de la CIC desde el campo doctrinal, en el sentido de que cierto sector de la doctrina la encuentra en los trebejos de la fuente contractual[411] mientras que otro sector la remite al ámbito extracontractual.

En cuanto a la primera vertiente de la CIC el debate tampoco es ajeno a este debate entre la naturaleza contractual o extracontractual. Por una parte, la elaboración de la teoría en sí, a partir de las falencias del sistema extracontractual alemán, empuja al Tribunal a recurrir a figuras contractuales de tratativas previas para cimentar el marco sobre el cual pueda desprender el basamento de la figura indemnizatoria. En este sentido, para la teoría alemana la naturaleza jurídica de esta vertiente sería contractual.

Sin embargo, para el *common law*, como lo veremos posteriormente en este capítulo, así como para el derecho civil español, el deber de cuidado se asemeja al sistema ideado en Roma tal cual el Digesto lo pinta, es decir, que pasa por el sistema de responsabilidad extracontractual.

---

410 Para Mosset Iturraspe (2006) el "deber de cuidado" se refiere a la obligación de actuar con cuidado y *previsión*, como parte del principio de buena fe en las negociaciones contractuales (pp. 32-33).

411 Zaccaria (2014) piensa que la basa de este deber de cuidado se encuentra en la buena fe y el contacto social (pp. 63, 66-68, 71-72, 82). En el mismo sentido, Tomas Martínez (2010) parece compartir la idea de vincular el deber de cuidado a la buena fe (p. 195). Por su parte San Martín Neira (2013) cree que el "deber de cuidado" (*duty of care*) surge de la necesidad de que las partes en una negociación actúen de buena fe, lo cual es coherente con el énfasis e importancia de la buena fe a lo largo de todo el proceso contractual (p. 320-322).

En este mismo sentido, García y Otero (2010) expresan su adhesión a la teoría de ubicar este tipo de casos -de violación de "deberes de protección"- fuera de los trebejos del sistema precontractual (de tratos preliminares) para incorporarlos dentro de la responsabilidad extracontractual: "Los casos derivados de los llamados *deberes de protección* nacidos en la doctrina y jurisprudencia alemanas a partir del conocido caso *Linoleum*, los cuales también en nuestra opinión deben quedar al margen de la figura de la responsabilidad precontractual." (p. 22).

De esta manera, una explicación de la falta de consistencia y organización del sistema extracontractual alemán pareciera ser la respuesta a los casos de violación o quebrantamiento del deber de cuidado. De esta suerte García y Otero (2010) manifiestan:

> En la fase de negociación de un contrato surge entre las partes un específico deber de protección de su salud e integridad física de naturaleza recíproca cuyo incumplimiento generaría también un supuesto de responsabilidad precontractual. Sin embargo, parece claro que esta calificación, bastante artificial, deriva en buena medida de las históricas deficiencias del Derecho alemán en materia de responsabilidad por daños extracontractuales, por lo cual resulta innecesaria en aquellos sistemas como el español, donde existe una cláusula general de responsabilidad extracontractual como la del art. 1902 C.C. (p. 26).

En el caso del linóleo,[412] la Corte adopta una perspectiva siguiendo el enfoque de Leonhard. En este sentido, crea una figura cuasicontractual para apartarse de los límites establecidos por la

412 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911)

teoría del sistema de responsabilidad extracontractual alemán. Bajo este sistema, el propietario de la tienda tenía inmunidad frente a los daños causados por sus empleados, como se establecía en el artículo 831 del BGB (Código Civil Alemán).

Para superar las limitaciones del sistema extracontractual alemán, la Corte recurre a la figura del deudor que utiliza a un tercero para cumplir con sus obligaciones frente a un acreedor, ante el cual tiene una responsabilidad total.[413] Este enfoque se basa en el numeral 831 del Código Civil Alemán y permite imputar responsabilidad al propietario de la tienda por los actos de su empleado, a pesar de la inmunidad previamente establecida en el sistema legal alemán. (Kühne, G. 1990, p. 283).

Es decir, en el sistema alemán, la clasificación de CIC pasa por una adecuación contractual o cuasicontractual porque el sistema extracontractual tenía muchas limitaciones. En este sentido Kessler (1964) afirma:

> Sin embargo, la calificación de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* como contractual, que se enfatiza constantemente, es de gran importancia práctica debido a la inadecuación de la ley de responsabilidad extracontractual. El derecho de responsabilidad civil alemán, a diferencia de otros sistemas de derecho civil, no ha adoptado un principio general de responsabilidad siempre que haya un daño causado por culpa. En cambio, consiste en una serie de agravios individuales, y la causa negligente de un mero daño pecuniario, a diferencia del daño a la persona o la propiedad, no es uno de ellos. Además, si bien una parte

413 El concepto de "deber de cuidado" que plantea Estevill (1995) se vincula al concepto de "cooperación debida" y discute la importancia de tomar medidas para evitar dañar a otros (p. 832).

> contratante es igualmente responsable en el contrato ya sea que actúe personalmente o por medio de un agente, en el caso de daño, un mandante es responsable por los actos de su agente sólo si es culpable de selección negligente o supervisión negligente (p. 406).

Bajo estos esquemas planteados por la Corte en el caso en cuestión, la responsabilidad en la CIC surge como consecuencia de una relación contractual preparatoria en la cual el propietario es responsable por los actos de su empleado si este último incurrió en negligencia en la supervisión o en la selección. En este sentido, la naturaleza jurídica de esta vertiente de la CIC seria contractual o cuasicontractual, sobre todo bajo la lupa del sistema alemán.

Sin embargo, bajo el sistema de responsabilidad extracontractual de los "torts" del *common law* o el sistema de responsabilidad extracontractual español, la naturaleza es distinta. En ambos casos, la obligación de indemnizar se deriva de la violación de un deber de cuidado o la negligencia del dependiente, lo que hace que el propietario sea responsable vicaria y objetivamente.

Más específicamente, en el sistema de responsabilidad extracontractual español, el numeral 1902 sintetiza el principio de *neminem laedere*[414] o *alterum non laedere*, que encapsula la obligación de cada ciudadano de no dañar a terceros (no dañar su vida, cuerpo, salud o propiedad). En efecto, el artículo 1902 del Código Civil español establece el principio de responsabilidad civil extracontractual, también conocida como responsabilidad civil por culpa o negligencia. Este artículo establece que:[415] "El que por acción

414 Mosset Iturraspe (2006) vincula este deber con el principio de aplicación del deber genérico de no dañar a otro (p. 28).

415 Código Civil español [CCE], §1902, aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Como vemos, el numeral 1902 del CCE se condice con los principios esbozados por el sistema romano plasmados en el Digesto. Este enfoque en la responsabilidad y el cuidado encuentra un paralelo moderno en casos como el del "Linóleo". Aquí, una clienta entra en una tienda de ropa y, debido a la negligencia de un empleado, se produce un accidente en el que ella y su hija resultan heridas por telas que caen sobre ellas. En este caso, la responsabilidad del empleado y, por extensión, del propietario de la tienda, se centra en la falta de cumplimiento de su deber de cuidado hacia los clientes. La negligencia en el manejo de los artículos de la tienda resulta en un perjuicio directo para los clientes, algo que el derecho romano habría considerado como una violación del deber de cuidado y protección, o una violación al numeral 1902 del CCE.

Así, la noción romana de diligencia[416] y responsabilidad en la protección de terceros se mantiene relevante en casos contemporáneos, destacando la continuidad y la influencia de estos principios jurídicos a lo largo del tiempo. Este caso del "Linóleo" sirve como un ejemplo moderno de cómo los principios del derecho romano en relación con el deber de protección y cuidado siguen siendo aplicables y fundamentales en el derecho actual.

Como vemos, la solución al problema del caso del linóleo en el contexto del derecho español tiene una solución que viene prodigada por el cuerpo legal prodigado por el numeral 1902 del CCE. En este mismo sentido el *common law* nos podría dar una interpretación similar de dicho caso a partir del principio del "*duty of care*" como lo veremos a continuación. En este sentido, tanto para el *common*

416 Moura Vicente (2009) cree que el "deber de cuidado" se refiere a una obligación de actuar con diligencia o una obligación de actuar de buena fe (pp. 241-242).

law como para el derecho español, la naturaleza jurídica del deber de cuidado es extracontractual, algo similar al tratamiento que le da el Digesto a esta figura.

2.1.5. El deber de cuidado en el *common law* (*duty of care*)

a) *Duty of care* en el sistema de torts

Dentro del ámbito del common law, el principio fundamental en el sistema de responsabilidad extracontractual o de daños, conocido como "*torts*," se basa en el "*duty of care*," que implica el deber de actuar con diligencia y no causar daño a terceros.[417] Cuando se produce una violación o incumplimiento de este deber de cuidado, surge la negligencia, tal como lo establece el sistema romano en el Digesto, y como resultado de ello, se impone una sanción que consiste en la responsabilidad de indemnizar.

El paralelismo entre el sistema romano y el *common law* es evidente: ambos sistemas reconocen la existencia de un deber de protección, es decir, un deber de cuidado equiparable al que tendría un padre de familia. Este deber implica actuar con diligencia ordinaria, y su incumplimiento conlleva la responsabilidad de indemnizar por los daños causados.

Además, en el contexto del *common law*, no es necesario recurrir a la elaboración de un contrato preparatorio (tal como lo hace el sistema alemán de la CIC) para atribuir responsabilidad al dependiente de una tienda. Esto se debe al principio del "*respondet*

417 Para Oughton (2000) el "deber de cuidado" se refiere al principio del *common law* "duty to take care" que coexiste con una obligación fiduciaria, "duty of fiduciary care" en inglés (p. 369-371). En similar sentido Coderch (2020) manifiesta el tema de la diligencia profesional y el deber de cuidado (p. 37). En el mismo contexto, Barrientos Zamorano (2012) expresa que el "deber de cuidado" se refiere a la obligación de un profesional con conocimientos técnicos de actuar con el cuidado que razonablemente se espera, especialmente en relación con las expectativas de los consumidores (p. 840).

superior" (responsabilidad objetiva vicaria del dueño de la tienda), que impone la obligación de indemnizar a cualquier persona que ingrese a la tienda y resulte herida, independientemente de si tenía la intención de realizar una compra. Este principio se aplica en el sistema de "torts" (responsabilidad extracontractual) del *common law* y no requiere reconducir la obligación de indemnización a un concepto de relación contractual preparatoria.

En resumen, según el *common law* (*torts*) no es necesario establecer una relación preparatoria contractual para imponer la obligación de indemnizar. La ley establece que todo propietario de un negocio abierto al público tiene la obligación de ejercer la debida diligencia para garantizar la seguridad de todas las personas que ingresan a su establecimiento, ya sea con la intención de comprar o no.[418] Si el propietario incumple su deber de cuidado, lo que implica negligencia, es responsable de indemnizar los daños patrimoniales y personales sufridos por la persona afectada. Esto se aplica al caso de la señora y su hija.[419]

Veamos ahora algunos casos parecidos al linóleo para ilustrar cómo podría haber resuelto el *common law* el mismo caso a partir de su estructura jurídica extracontractual.

La mujer en el caso linóleo podría tener motivos para presentar una demanda legal basada en negligencia o responsabilidad de

418 En una nota aparte, el concepto de "garantías" en un contexto contractual, puede revisarse el trabajo de Robustella (2014) destaca la importancia de que el garante sea diligente y correcto en su gestión para facilitar el cumplimiento del patrocinio (pp. 614-615).

419 Arenas García (2007) brinda un detalle sobre el caso del linóleo expresando que la mujer que resultó herida estaba mirando el rollo de línem que cayó sobre ella (p. 318). Este punto es interesante para descartar un posible caso de "negligencia contributoria", como se verá más adelante en el caso *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana*, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022).

las instalaciones en respuesta a sus lesiones. Para establecer una demanda por negligencia, generalmente deberá demostrar que:

a). La tienda le debía un deber de cuidado (duty of care o deber de cuidado o protección),
b). Que este deber fue incumplido (breach of duty),
c). Que se produjo un daño, y
d). Que la infracción o el daño resultó directamente en sus lesiones (*causation*= causalidad).

Por otro lado, para establecer una demanda por responsabilidad de las instalaciones, generalmente deberá demostrar que la tienda tenía conocimiento real o aviso constructivo de una condición peligrosa en sus instalaciones que llevó a sus lesiones y que la tienda no tomó medidas razonables[420] para corregir la situación.[421]

b) Posibles soluciones al caso del linóleo a partir del *common law*

Existe un sinnúmero de casos en soporte de una posible demanda en el contexto del caso linóleo, veremos solamente los más resaltantes, como *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana*, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022); *Edwards v. K B, Inc.*, 641 So. 2d 1040 (La. Ct. App. 1994) y *Stepherson v. Wal-Mart*, 785 So. 2d 950 (La. Ct. App. 2001), que resaltan la responsabilidad de los comerciantes de mantener un entorno seguro para sus clientes. En cada uno de estos casos, los tribunales dictaminaron que los propietarios de las tiendas

420 Oughton y Davis (2000) señalan que las partes de un contrato pueden encontrar que están sujetas a principios establecidos por la ley de torts, como el deber de tomar un cuidado razonable al tratar con otros a quienes se puede prever como susceptibles de ser afectados por tus actos u omisiones. Esto sugiere que el deber de cuidado se basa en el principio de tomar un cuidado razonable para evitar dañar a otros (p. 3).

421 Cartwright (2009) llama la atención sobre el elemento "foreseeability", es decir, "previsibilidad", Este deber surge del *tort* de negligencia y requiere que el demandado tome un cuidado razonable para evitar un daño *previsible* al demandante (p. 513).

tienen la obligación de ejercer un cuidado razonable para mantener sus pasillos, instalaciones y pisos razonablemente seguros.

Para establecer con éxito una demanda por negligencia, la mujer normalmente tendría que demostrar que la tienda le debía un deber de cuidado, que este deber fue incumplido y que la infracción causó directamente sus lesiones. Por ejemplo, *Meek v. Wal-Mart Stores, Inc*., 72 Conn. App. 467 (Conn. App. Ct. 2002) encontró al propietario de la tienda negligente por apilar mesas de manera inadecuada, lo que creó un riesgo previsible para los clientes. De manera similar, *Hople v. Wal-Mart Stores*, 219 F.3d 823 (8th Cir. 2000) sostuvo que el propietario de la tienda estaba obligado a prevenir lesiones resultantes de condiciones peligrosas o previsibles.

Para presentar una demanda por responsabilidad de las instalaciones, la mujer normalmente tendría que demostrar que la tienda tenía conocimiento real o aviso constructivo de la condición peligrosa que causó sus lesiones y que la tienda no tomó medidas razonables para abordar el problema.

Por último, *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop*, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), discutió los elementos de una demanda por negligencia en el contexto de un accidente de resbalón y caída en una tienda. Según este caso, el demandante tendría que establecer que el propietario de la tienda tenía el deber de proteger al demandante de daños, que este deber fue incumplido, que el demandante sufrió daños reales o pérdidas y que estos daños o pérdidas fueron causados directamente por el incumplimiento del deber por parte del propietario de la tienda.

En efecto, el caso *Goines v. Cash America, Inc. of Louisiana*, 351 So. 3d 714 (La. Ct. App. 2022),[422] es relevante para comparar el caso del *linóleo* porque aborda la obligación de un comerciante de mantener sus instalaciones seguras para los clientes y los elementos que un demandante debe establecer para recuperarse en un caso de mercancía que cae. Este caso se fundamenta en una norma legal de Luisiana, específicamente La. Stat. tit. 9 § 2800.6, Sección 9:2800.6,[423] bajo el cual rescatamos los siguientes principios:

---

422 El 30 de noviembre de 2017, mientras Nathanial Goines visitaba la tienda Cash América, una ballesta colgada de un estante suspendido del techo se desprendió, golpeándolo en la cabeza. Goines demandó a Cash América alegando que el incidente le causó lesiones personales. Cash América negó responsabilidad y solicitó un juicio sumario, argumentando que Goines no podía probar que él no causó la caída de la ballesta ni que esta estuviera colgada de manera insegura.
En su declaración, Goines indicó que la ballesta lo golpeó mientras miraba mercancía en una vitrina. Según el gerente de la tienda, Hilton Meunier Jr., la ballesta estaba colgada en un soporte que llevaba quince años en uso, sin incidentes previos. Meunier, que no presenció el incidente, pero vio el video de vigilancia, testificó que Goines golpeó la ballesta con la cabeza, provocando su caída.
Goines se opuso al juicio sumario, pero no aportó evidencia adicional sobre la causa de la caída. El 3 de junio de 2021, el tribunal concedió el juicio sumario a favor de Cash América. La apelación de Goines a esta decisión fue infructuosa, ya que no logró demostrar que no había causado la caída de la ballesta ni que ésta estuviera colocada de manera insegura. Además, Goines no presentó argumentos convincentes sobre la negligencia comparativa de Cash América. Como resultado, el tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

423 Sección 9:2800.6 - Carga de la prueba en reclamaciones contra comerciantes:
A. Un comerciante tiene el deber hacia las personas que utilizan sus instalaciones de ejercer un cuidado razonable para mantener sus pasillos, pasajes y pisos en una condición razonablemente segura. Este deber incluye un esfuerzo razonable para mantener las instalaciones libres de cualquier condición peligrosa que razonablemente pudiera dar lugar a daños.
B. En una reclamación por negligencia presentada contra un comerciante por una persona legalmente en las instalaciones del comerciante por daños como resultado de una lesión, muerte o pérdida sufrida debido a una caída debido a una condición existente en o en las instalaciones de un comerciante, el reclamante tendrá la carga de probar, además de todos los demás elementos de su causa de acción, lo siguiente:
(1) La condición presentaba un riesgo irrazonable de daño para el reclamante y ese riesgo de daño era razonablemente previsible.
(2) El comerciante creó la condición o tuvo conocimiento real o constructivo de la condición que causó el daño antes de que ocurriera.

1) Un comerciante tiene la responsabilidad de asegurar que sus instalaciones sean seguras para los clientes. Esto incluye mantener pasillos, pasajes y pisos en condiciones razonablemente seguras y libres de peligros potenciales. Si un cliente sufre una caída debido a una condición peligrosa en las instalaciones, debe demostrar que la condición representaba un riesgo irrazonable y previsible de daño, y que el comerciante conocía o debería haber conocido esta condición peligrosa antes del incidente.

2) Además, el cliente debe probar que el comerciante no tomó las medidas de cuidado razonables necesarias para prevenir el daño. La falta de un procedimiento de limpieza o seguridad uniforme no es suficiente por sí solo para demostrar negligencia por parte del comerciante. La definición de "notificación constructiva" implica que la condición peligrosa existió durante un tiempo suficiente para ser descubierta si se hubiera ejercido un cuidado razonable. La mera presencia de un empleado cerca del

(3) El comerciante no ejerció un cuidado razonable. Al determinar el cuidado razonable, la ausencia de un procedimiento uniforme de limpieza o seguridad por escrito o verbal no es suficiente, por sí sola, para demostrar la falta de ejercicio de un cuidado razonable.

C. Definiciones:

(1) "Aviso constructivo" significa que el reclamante ha demostrado que la condición existía durante un período de tiempo tal que habría sido descubierta si el comerciante hubiera ejercido un cuidado razonable. La presencia de un empleado del comerciante en la proximidad en la que existe la condición no constituye, por sí sola, un aviso constructivo, a menos que se demuestre que el empleado sabía, o en el ejercicio de un cuidado razonable debería haber sabido, de la condición.

(2) "Comerciante" significa aquel cuyo negocio es vender bienes, alimentos, mercancías o productos en un lugar fijo de negocios. A los efectos de esta Sección, un comerciante incluye a un posadero con respecto a las áreas o aspectos de las instalaciones que son similares a las de un comerciante, incluyendo, entre otros, tiendas, restaurantes y áreas de vestíbulo dentro del hotel, motel o posada.

D. Nada en esto afectará la responsabilidad que pueda tener un comerciante bajo los Artículos 660, 667, 669, 2317, 2322 o 2695 del Código Civil.

peligro no implica conocimiento de la condición, a menos que se pruebe que el empleado estaba o debería haber estado consciente de ella.

De otra parte, en el caso *Edwards v. K B, Inc.*, 641 So. 2d 1040 (La. Ct. App. 1994) es relevante para compararlo con el caso linóleo porque aborda el deber de un comerciante de mantener seguras sus instalaciones para los clientes y la carga de la prueba para un demandante que resulta herido por mercancía que cae.[424]

---

424 En un juicio contra K B, Inc., una tienda de drogas y variedades, Mardra Edwards obtuvo una indemnización de $7,700 por lesiones personales. La corte de primera instancia determinó que una caja de joyas cayó de un estante en una tienda K B en Shreveport y golpeó el pie de la Sra. Edwards. K B fue considerada responsable, ya sea por responsabilidad estricta o por negligencia, por no asegurar adecuadamente el estante a su respaldo.
K B disputa tanto la ocurrencia del accidente como la afirmación de que la prueba del accidente equivale a prueba de responsabilidad. Argumentan que la responsabilidad estricta no es aplicable y que han demostrado el uso de procedimientos razonables de inspección de seguridad, refutando cualquier presunción de negligencia. Además, sugieren que la Sra. Edwards tuvo parte de la culpa.
K B también cuestiona la causa del dolor y la hinchazón en el pie de la Sra. Edwards, alegando que fue provocada por gota y no por el trauma del accidente. También se cuestiona la idoneidad de permitir el testimonio experto de un quiropráctico sobre una lesión en el pie.
Los hechos del caso son los siguientes: el 13 de diciembre de 1990, la Sra. Edwards estaba comprando regalos de Navidad en la tienda K B con su hija adulta, Lillian Edwards. Mientras la Sra. Edwards alcanzaba una caja de joyas en un estante alto, el estante se inclinó y algunas cajas de joyas cayeron, golpeando su pie derecho. El gerente de la tienda, Betsy Hale, hizo un informe del accidente, pero su testimonio sobre el estado del estante y las cajas de joyas difiere del de la Sra. Edwards y su hija. La Sra. Edwards buscó tratamiento para su pie lesionado, que estaba magullado, hinchado y doloroso. A lo largo de los siguientes años, visitó a varios médicos y trató su pie con varias terapias, incluyendo ultrasonido y electroterapia. Aunque se diagnosticó gota en un momento, los médicos relacionaron algunas de las condiciones del pie de la Sra. Edwards, como un quiste ganglionar y tenosinovitis, con el trauma sufrido en el accidente.
La corte de apelaciones confirmó el fallo del tribunal de primera instancia en todos los aspectos, incluido el monto de los daños generales otorgados. La corte concluyó que no había error en los hallazgos del tribunal de primera instancia con respecto a la ocurrencia del accidente y la responsabilidad de K B. Aunque la Sra. Edwards no

Por su parte, *Stepherson v. Wal-Mart*, 785 So. 2d 950 (La. Ct. App. 2001) es importante porque aborda la capacidad de un cliente para recuperar daños de una tienda después de resultar herido por mercancía que cae, similar al caso del linóleo. En este caso Stepherson sufrió una lesión en el pie al caerle una pesa desde un estante en un Wal-Mart Supercenter. El 23 de agosto de 1997, mientras examinaba equipo de ejercicio, una pesa apilada en un estante sin dispositivos de seguridad rodó y le fracturó el dedo gordo del pie. El tribunal de primera instancia, tras un juicio sin jurado, falló a favor de Stepherson el 7 de julio de 2000, otorgándole daños generales y especiales.

Wal-Mart apeló, argumentando que Stepherson no demostró la existencia de una condición peligrosa y cuestionó la cantidad de daños generales otorgados. La ley de Louisiana establece que un comerciante debe mantener sus instalaciones en condiciones seguras. En este caso, el tribunal determinó que la forma en que Wal-Mart exhibía las pesas (apiladas y accesibles en estantes sin restricciones) creaba un riesgo previsible de daño. Stepherson, al manipular la mercancía de manera esperada y razonable, no contribuyó a su accidente. El tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia, incluyendo la cantidad de daños generales, considerando que la lesión de Stepherson fue significativa y dolorosa, afectando su vida cotidiana.

De otra parte, en el caso *Hople v. Wal-Mart Stores*, 219 F.3d 823 (8th Cir. 2000) se aborda la capacidad de un cliente para recuperar daños de una tienda después de resultar herido por mercancía que cae, similar al caso del linóleo. En este caso de Marie Hople contra Wal-Mart, Hople resbaló y se cayó en una tienda Wal-Mart debido a agua en el piso. Los Hoples demandaron a Wal-Mart para obtener

siguió completamente las recomendaciones médicas para mitigar sus daños, la corte consideró que el monto de los daños generales otorgados no era abusivamente bajo.

compensación por lesiones personales y pérdida de consorcio. El jurado determinó que Wal-Mart era responsable y el tribunal de distrito confirmó el veredicto, negando la moción de Wal-Mart para un fallo como cuestión de ley. La apelación fue rechazada y la decisión del tribunal de distrito fue confirmada.

El argumento principal de Wal-Mart en la apelación era que los Hoples no probaron que Wal-Mart tuviera conocimiento de una condición peligrosa, ya que no había evidencia sobre cuánto tiempo había estado el agua en el piso antes de la caída de Marie Hople. El tribunal de distrito rechazó este argumento, indicando que enfocarse en el tiempo que el agua había estado en el piso era contradictorio con la ley de Missouri en casos de resbalones y caídas.

Bajo la ley de Missouri, si el propietario de un negocio tiene conocimiento actual o constructivo de una condición peligrosa o previsible, tiene el deber de prevenir lesiones resultantes de esa condición. En *Sheil v. T.G. Y. Stores Co.*, 781 S.W.2d 778 (Mo. 1989), la Corte Suprema de Missouri sostuvo que un demandante en un caso de resbalón y caída podría presentar un caso admisible sobre el tema del conocimiento constructivo sin mostrar la duración de la condición peligrosa.

Wal-Mart argumentó que *Sheil* no era aplicable porque la condición peligrosa en este caso, agua proveniente de nieve arrastrada a la tienda, no era un producto vendido por la tienda ni un tipo de peligro peculiar al modo de operación de autoservicio de Wal-Mart. Sin embargo, esta argumentación fue rechazada por decisiones anteriores que indicaban que, después de *Sheil*, los tribunales de Missouri ya no se adherían estrictamente a la regla de "duración del tiempo" para la prueba de conocimiento constructivo, independientemente de si el peligro resultaba de un producto de la tienda o de alguna otra condición.

La responsabilidad de un propietario de tienda en un caso de resbalón y caída bajo la ley de Missouri se basa en la previsibilidad del riesgo y la razonabilidad del cuidado extendido hacia los invitados comerciales. Los riesgos previsibles se extienden más allá de los productos de una tienda dada.

En resumen, los Hoples no tenían que producir evidencia sobre la duración de la existencia del peligro del agua antes de la lesión de Marie Hople para presentar el caso al jurado. Además, tras revisar el expediente, se encontró que la evidencia presentada en el juicio, vista de la manera más favorable a los Hoples, fue suficiente para permitir que un jurado encontrara que Wal-Mart incumplió su deber de cuidado razonable para proteger a un cliente de una condición peligrosa y previsible. Por lo tanto, se determinó que la moción de Wal-Mart para un fallo como cuestión de ley fue denegada correctamente.

Finalmente, aunque existen muchos otros casos similares al caso linóleo, tenemos el caso *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop*, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), donde el tribunal de apelaciones confirmó un veredicto del jurado que encontró a Walmart negligentemente responsable por lesiones personales sufridas por Bishop, debido a la caída de una caja desde un estante en una tienda de Walmart (similar al caso del linóleo). Walmart apeló, argumentando insuficiencia de pruebas sobre la negligencia de su empleado y la causa del accidente, error en permitir ciertos testimonios de expertos, abuso de discreción en decisiones judiciales relacionadas con afidávits, y error en la formulación de preguntas al jurado. Además, Walmart impugnó los argumentos del abogado de Bishop durante el juicio y cuestionó las cantidades otorgadas por daños y perjuicios.

En cuanto a los antecedentes del caso, el 7 de julio de 2012, Bishop visitó una tienda de Walmart para comprar cortinas. En la sección de

liquidación, una caja cayó de un estante y la golpeó en la cabeza. El empleado de Walmart, Bhola Gajurel, estaba trabajando en la sección en ese momento. El gerente de la tienda, Randy Dill, confirmó que la mercancía en la sección de liquidación no se organizaba según las políticas de la empresa y que la caída de mercancías era un peligro conocido. Bishop sufrió lesiones en el cuello y requirió múltiples tratamientos, incluyendo cirugía de fusión cervical.

El tribunal determinó que había pruebas suficientes para concluir que las acciones de Gajurel causaron la caída de la caja y que Walmart podría haber previsto que la mercancía apilada de manera insegura podría caer y lesionar a un cliente. Se confirmó que la lesión en el cuello de Bishop fue causada por el golpe de la caja. El tribunal también encontró que los argumentos del abogado de Bishop en el juicio no fueron perjudiciales de manera incurable y que no hubo abuso de discreción en las decisiones judiciales sobre la admisión de pruebas y las instrucciones al jurado.

Por lo tanto, el tribunal de apelaciones confirmó la decisión del tribunal de primera instancia y el veredicto del jurado a favor de Bishop, incluyendo la adjudicación de daños por un total de $1,393,484.52.

Finalmente, a modo de conclusión preliminar, en la exploración del *common law* y el Digesto, emerge una fascinante convergencia entre dos mundos jurídicos aparentemente distintos: el antiguo Digesto del Derecho Romano y el moderno *common law*. Esta sinergia se manifiesta particularmente en el tratamiento de la negligencia y el deber de cuidado, especialmente en el ámbito de la responsabilidad de los comerciantes.

La similitud en el tratamiento entre el *common law* y el Digesto contrasta con la forma en que el caso del linóleo abordó la situación específica, donde una mujer resultó herida al consultar sobre unas

telas en una tienda de ropa. En el contexto del deficiente sistema legal alemán de la época, fue necesario ampliar la cobertura de la CIC para abordar el caso de esta mujer a través del marco contractual. En este caso, se consideró que un tratamiento contractual preliminar era la forma adecuada de atribuir responsabilidad al dueño de la tienda por las lesiones sufridas por la víctima.

Por otra parte, el Digesto, un tesoro del pensamiento jurídico romano, establece un principio fundamental: el deber de cuidado. Este deber implica que individuos y comerciantes deben actuar con una diligencia razonable para evitar causar daño a otros.[425] Esta noción se extiende a la gestión de propiedades y actividades comerciales, subrayando la importancia de mantener un entorno seguro para evitar lesiones a terceros. Paralelamente, el common law, con su rica amplitud de jurisprudencia, ofrece una perspectiva similar. Casos emblemáticos como *Goines v. Cash America* y *Stepherson v. Wal-Mart* ilustran la responsabilidad imperante de los comerciantes de crear y mantener entornos seguros para sus clientes. Estos casos enfatizan que los comerciantes deben no sólo ser conscientes de los peligros potenciales sino también tomar medidas proactivas para mitigarlos.

En el corazón de ambos sistemas jurídicos yace la idea de la negligencia, vista en el Digesto como "culpa" y en el *common law* como una violación del deber de cuidado (*breach of duty of care*). Esta falta de cuidado razonable, que resulta en daño a otro, es el hilo conductor que une a estas dos tradiciones legales. A pesar de sus diferencias en procedimientos y aplicación, ambos sistemas convergen en el principio de que un comerciante es responsable si su acción o inacción conduce a un daño previsible.

425 Para Domat (1850) el deber de cuidado se refiere a la obligación de cuidar algo que pertenece a otra persona, cuando le es confiado como parte de un convenio. Esta obligación varía dependiendo de la naturaleza del convenio, pero generalmente requiere que se evite la negligencia o el daño intencional (p. 174).

Un ejemplo ilustrativo de esta convergencia se encuentra en el caso *Hople v. Wal-Mart Stores* del *common law*. Aquí, la corte sostuvo que el comerciante tiene el deber de proteger a los clientes de condiciones peligrosas o previsibles, resonando con la doctrina romana de evitar daños previsibles a través de un cuidado razonable.

En resumen, tanto el Digesto como el *common law*, aunque separados por siglos y contextos culturales, comparten un compromiso inquebrantable con la justicia y la equidad, particularmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. A través de sus respectivos enfoques del deber de cuidado y la negligencia, ambos sistemas demuestran un entendimiento universal de la responsabilidad legal y moral que recae sobre aquellos que operan espacios comerciales, asegurando así la protección y el bienestar de quienes entran en sus dominios.

En contraste, el sistema extracontractual español, en virtud del artículo 1902, incorpora en su esencia el vínculo que conecta el Digesto con el sistema extracontractual del common law, compartiendo su naturaleza inherente. Para el sistema legal español, la solución al caso del linóleo sería ajena y foránea, ya que el principio "neminem laedere" de este artículo podría satisfacer las demandas de la teoría del deber de cuidado o protección a través de la teoría de la negligencia, al igual que en el *common law* o el Digesto. No sería necesario recurrir a la teoría de la CIC.

Por lo tanto, la primera vertiente de la CIC, como se evidencia en el caso del linóleo, que surge debido a las deficiencias del código alemán, resulta innecesaria y poco apropiada para aplicar una referencia contractual en tratos preliminares que exige la CIC. En su lugar, el sistema extracontractual español puede resolver este tipo de casos a través de la doctrina del deber de protección extracontractual.

c) *Res ipsa loquitur*

La doctrina de *res ipsa loquitur* también podría aplicarse en casos en los que un objeto cae y hiere a alguien, que es el caso del linóleo, como indicó *McCleod v. Nel-Co Corp.*, 350 Ill. App. 216 (Ill. App. Ct. 1953).

En ese caso los demandantes, los McCleods, se vieron afectados por el desprendimiento de yeso del techo en una habitación de hotel, ilustra la aplicación de la doctrina de res ipsa loquitur en el contexto del common law. *Res ipsa loquitur*, que se traduce como "la cosa habla por sí misma", es una doctrina legal que permite inferir la negligencia del demandado a partir de la naturaleza del accidente, incluso sin evidencia directa de su culpabilidad.

En este caso, el Sr. y la Sra. McCleod, alojados en el Hotel Nelson, sufrieron lesiones después de que el yeso del techo cayera sobre ellos mientras dormían. El incidente ocurrió sin intervención externa, y la gestión y el mantenimiento del hotel estaban bajo el control exclusivo del demandado, el propietario del hotel. Estas circunstancias permitieron aplicar la doctrina de *res ipsa loquitur*, ya que el tipo de accidente que se produjo generalmente no ocurre si se ejerce el debido cuidado.

La responsabilidad de los propietarios de establecimientos comerciales y de hospitalidad de mantener sus instalaciones de manera segura para los clientes y huéspedes es un principio bien establecido tanto en el *common law* como en el Digesto romano. En el Digesto, se enfatiza que un individuo o una entidad tiene el deber de actuar con diligencia para evitar causar daños a terceros. Este principio es reflejado en el *common law*, donde los propietarios de establecimientos tienen el deber de asegurar la seguridad de sus instalaciones. En ambos sistemas, la negligencia se establece cuando este deber de cuidado se rompe y resulta en daño.

El caso de los McCleods demuestra cómo, bajo el *common law*, un demandante puede establecer la presunción de negligencia a través de la doctrina de *res ipsa loquitur*, especialmente cuando el accidente es de tal naturaleza que ordinariamente no ocurriría sin una falta de cuidado. Esta doctrina, aunque no presente explícitamente en el Digesto, comparte su espíritu con el principio romano de evitar daños a través de un cuidado razonable.

En resumen, tanto el Digesto como el *common law* enfatizan la importancia del deber de cuidado y reconocen la negligencia cuando este deber no se cumple. El caso *McCleod* es un ejemplo de cómo, en el *common law*, la negligencia puede inferirse en circunstancias donde la naturaleza del accidente indica una falta de cuidado, reflejando así un principio fundamental que es consistente a través de estas tradiciones legales históricamente y geográficamente diversas.

d) *Respondent superior* o responsabilidad vicaria

Como hemos observado en el caso previamente analizado, *Wal-Mart Stores Tex., LLC v. Bishop*, 553 S.W.3d 648 (Tex. App. 2018), este caso resulta interesante no sólo por su relevancia en relación con la teoría del deber de protección, que está relacionada con el sistema del deber de cuidado romano a la luz del caso del linóleo, sino también por su importancia en lo que respecta al tema de la responsabilidad vicaria u objetiva.

Recordemos que, en el sistema alemán, el caso del linóleo tuvo que ser resuelto no sólo a través del sistema de tratos contractuales preparativos (haciendo eco de la CIC), sino que también fue necesario recurrir a normas legales contractuales en las cuales el principal respondía por la negligencia de su agente en caso de que el principal mismo no hubiera actuado con diligencia.[426]

426 El numeral 831 del BGB de 1900 [Código Civil Alemán [BGB], 1900. (Alemania)] estipulaba:

El caso *Wal-Mart Stores Texas, LLC v. Dawn Bishop* se centra en la teoría de la responsabilidad vicaria, donde Wal-Mart fue considerado responsable de las lesiones personales sufridas por Bishop debido a la negligencia de su empleado, Bhola Gajurel, al igual que el caso del linóleo. Bishop fue golpeada en la cabeza por una caja que cayó de un estante mientras compraba en una tienda Wal-Mart. El jurado determinó que la negligencia de Gajurel, quien estaba reorganizando los estantes en ese momento, fue la causa directa del accidente y, por lo tanto, Wal-Mart fue responsable bajo la teoría de la responsabilidad vicaria.[427]

---

1. Una persona que despliega a otra persona para realizar una tarea es responsable de indemnizar por el daño que la otra persona cause ilegalmente a un tercero al realizar la tarea. La responsabilidad civil no se aplica si el principal ejerce la diligencia debida en las operaciones comerciales al seleccionar a la persona desplegada y, en la medida en que deban adquirir dispositivos o equipos o gestionar la actividad empresarial, en dicha adquisición o gestión, o si el daño se habría producido incluso si se hubiera ejercido esta diligencia.
2. La misma responsabilidad incumbe a una persona que asume el cumplimiento de una de las transacciones especificadas en el párrafo 1, frase 2, para el principal por contrato.

427 Wal-Mart apeló la decisión, argumentando insuficiencia de pruebas para apoyar la conclusión de que la negligencia de Gajurel causó el accidente y la lesión de Bishop, y cuestionó la adecuación de los testimonios de expertos, las decisiones del tribunal sobre las pruebas, la claridad de las preguntas del jurado sobre la responsabilidad vicaria, la adecuación de los premios de daños y perjuicios, y la conducta del abogado de Bishop durante los alegatos finales.
El tribunal de apelaciones rechazó todos estos argumentos de Wal-Mart. Enfocándose en la responsabilidad vicaria, el tribunal confirmó que Gajurel estaba actuando dentro del alcance de su empleo en el momento del accidente, lo que hacía a Wal-Mart legalmente responsable de sus acciones negligentes. Esto se basó en la prueba de que Gajurel estaba reorganizando mercancía en la tienda, una tarea asignada por Wal-Mart, cuando ocurrió el accidente.
El tribunal también abordó y desestimó las preocupaciones de Wal-Mart sobre el testimonio de expertos y la admisibilidad de ciertas pruebas, la formulación de las preguntas del jurado, y la suficiencia de las pruebas sobre los daños y el dolor y sufrimiento de Bishop. El tribunal concluyó que no hubo errores en el juicio que afectaran los derechos sustanciales de Wal-Mart y, por lo tanto, confirmó el veredicto del jurado y la sentencia del tribunal de primera instancia.

El caso del linóleo y el caso *Wal-Mart v. Bishop*, aunque diferentes en sus detalles y contexto legal, comparten la aplicación de la responsabilidad vicaria, aunque con fundamentos jurídicos distintos.

El caso del linóleo, resuelto bajo el derecho alemán, se enfocó en la teoría de los tratos preliminares contractuales y se apoyó en el artículo 831 del BGB (Código Civil Alemán) de 1900. Este artículo establece que un principal (empleador o contratista) es responsable por los daños causados por otra persona (agente o empleado) a un tercero durante la realización de una tarea. Sin embargo, el principal puede eximirse de responsabilidad demostrando que ejerció la debida diligencia en la selección del agente y en la gestión de los dispositivos o equipos necesarios para la actividad. Así, en el caso del linóleo, si se demostraba que la persona encargada de colocar o mantener los rollos de tela actuó de manera negligente y el principal no ejerció la debida diligencia en su selección o supervisión, el principal podría ser considerado responsable.

En contraste, el caso *Wal-Mart v. Bishop*, bajo el derecho estadounidense, aplicó directamente la teoría de la responsabilidad vicaria sin necesidad de que Wal-Mart demostrara que ejerció o no la debida diligencia en la selección o supervisión de su empleado. En este caso, se estableció que Wal-Mart era responsable por las acciones de su empleado, Bhola Gajurel, ya que este último actuaba dentro del alcance de su empleo cuando su negligencia causó daño a Bishop.

A pesar de las diferencias en la fundamentación legal, ambos casos reflejan la idea central de que un principal puede ser responsable por los actos de sus agentes o empleados. Sin embargo, mientras que el derecho alemán ofrece una posible exención de responsabilidad a través de la demostración de la debida diligencia (como lo indica

el artículo 831 del BGB), en el caso de Wal-Mart bajo el derecho estadounidense, la responsabilidad vicaria se aplicó de manera más directa, sin entrar en la consideración de la diligencia del empleador en la selección o supervisión del empleado.[428]

En resumen, podemos concluir que tanto el sistema extracontractual del *common law* como el del derecho civil español pueden resolver situaciones de negligencia prescindiendo de la primera vertiente de la CIC. Esto se debe a que ambos sistemas, a diferencia del sistema alemán, comparten similitudes con el sistema romano de responsabilidad extracontractual y pueden abordar casos de negligencia a través de la violación del deber de cuidado sin necesidad de recurrir a la estructura de la CIC que reconduce a los tratos contractuales preliminares como plataforma fontanal.

2.2. Deber de Información[429]

2.2.1. Concepto y aproximación histórica

El deber de informar por parte del vendedor al potencial comprador constituye el punto central de la primera vertiente de la CIC. Como se verá en el acápite posterior, su origen data de Roma y no es mérito exclusivo de la CIC; sin embargo, la doctrina ha interpretado que el deber de informar es la segunda vertiente de la CIC.

---

428 Como una nota adiciona en este aspecto de la relación entre un empleador y empleado, Oughton y Davis señalan que el deber de cuidado es una obligación implícita que surge de la relación entre dos partes, como un empleador y un empleado. Requiere que una parte tome un cuidado razonable para no lesionar a la otra. (Oughton y Davis, 2000, pp. 17-19).

429 No vamos a hacer mención a casos de la jurisprudencia derivados del deber de información procedentes de normas atinentes al derecho de protección del consumidor. El tema que nos convoca es sobre el RINP, como hija legítima de la CIC en cuanto hay una ruptura de una negociación preliminar, tema que es objeto de comparación con la institución del PE del *common law*.

Este deber de informar está vinculado con el moderno derecho de los consumidores. Tanto en el *civil law* como en el *common law*, el deber de informar se ha convertido en el punto central de las transacciones comerciales del día a día.[430] En este sentido Ordoqui Castilla (2017) manifiesta:

> Nuestro Código Civil, como la mayor parte de los que siguieron los pasos del Código Civil francés, reguló quizás con mayor cuidado el deber que tiene el vendedor de estar informado sobre lo que vende, que el deber que pueda tener de informar al comprador. En efecto, al regular el tema de los defectos o vicios redhibitorios o vicios ocultos, se establece que el vendedor responde aunque "ignore" los vicios … si los debiese conocer en razón de su oficio o arte. Se establece luego que si el vendedor conocía o debía de conocer los vicios ocultos de la cosa vendida el comprador podrá, además de optar por rescindir la venta exigiendo se le abonen los gastos causados por ella o se rebaje la cantidad proporcional por el precio a juicio de peritos, reclamar en este caso los daños y perjuicios. (p. 202).

En este sentido, Ordoqui Castilla (2017) elabora una teoría del derecho del consumidor, estudiando aquella información, publicidad y marketing "engañosos" (p. 212), analizando el derecho a estar informado (p. 223).[431]

---

430 Tommasi (2012) discute la obligación de buena fe y la necesidad de un *mínimo* de lealtad y honestidad en las negociaciones (pp. 96-97.

431 Por su parte Nunes Fritz (2018) considera que la publicidad engañosa o abusiva puede considerarse CIC, y que ésta se encuentra vinculada al incumplimiento de las obligaciones de divulgación. Asimismo, considera que la responsabilidad deriva del incumplimiento del deber de evitar un engaño. De otra parte, cita un caso donde un vendedor no informa a un comprador sobre el potencial problema con la propiedad, y esto fue catalogado como un "típico caso de *culpa in contrahendo*" (pp. 100-101, 112, 369-371, 490-493).

Según Benatti (2021), el principio de "no dañar a nadie" no actúa como un mecanismo paternalista o redistributivo, sino que su propósito es asegurar un desarrollo adecuado de las negociaciones comerciales. Benatti (2021) subraya que la información que una parte con ventaja informativa debe proporcionar a la otra no es cualquier dato, sino información específica y relevante relacionada con parámetros de mercado, características, cualidades, requisitos y atributos esenciales del contrato que se va a celebrar. Esta información debe ser sobre aspectos que no son fácilmente observables y que son cruciales para la toma de decisiones contractuales de la otra parte. Incluye detalles sobre la persona, el bien, la prestación, los términos o elementos del contrato que están bajo el control de la parte informante, enfatizando la importancia de que esta información sea pertinente y contemporánea al objeto del contrato (p. 167-178).

Por su parte, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014), refiriéndose a contratos bancarios,[432] donde existe una relación fiduciaria donde la información es clave para tomar una decisión financiera, expresan lo siguiente con respecto al desbalance del monopolio de la información asimétrica:

> La información asimétrica interesa, en concreto, cuando en una negociación, durante las tratativas que llevan al acuerdo, uno de los tratantes "posee información" que era ignorada por el otro, "y que hubiera tenido efecto en los términos del contrato celebrado. Vale decir que de haberse tratado de una información simétrica, compartida, las cláusulas del acuerdo hubieran sido otra, diferentes. (p. 61).

432 Oughton y Davis (2000) mencionan la necesidad de que los bancos y otras instituciones financieras tomen 'medidas razonables' para asegurarse de que una persona esté entrando en un contrato libremente y con conocimiento de los riesgos involucrados (pp. 367-368).

De la misma opinión es Gómez Calle (1993) quien resume su postura frente a esta asimetría de la información:

> Sin embargo, frecuentemente la igualdad entre los contratantes no es más que una pura ficción. En materia de información, es obvio que cada uno de los negociantes conoce o tiene la posibilidad de conocer más fácilmente que el otro aquellos datos que, afectando al contrato que se pretende celebrar en el futuro, le quedan más próximos, o, si se quiere, dentro de su ámbito de conocimiento y/o influencia. Esta desigualdad informativa ha ido aumentando con el paso del tiempo, a consecuencia de la mayor complejidad del tráfico jurídico y económico; fruto de ella ha sido, por un lado, la diversificación de mercancías y servicios, a tal punto que es realmente difícil tener una visión de conjunto del sector de mercado que interesa, así como poder juzgar y valorar adecuadamente la utilidad y conveniencia de unos productos respecto de otros; por otra parte, surgen cada día (p. 13).

En el mismo sentido, Camacho Clavijo (2005) aborda el tema del deber de cuidado con particular relación al principio de la buena fe:

> La doctrina es prácticamente unánime en considerar que la buena fe que ha de presidir la actuación de las partes contratantes, también en la fase precontractual, es el fundamento de la obligación de información. Aunque no existe en nuestro ordenamiento, a diferencia del ordenamiento italiano, un precepto que con carácter especial regule la responsabilidad por las actuaciones de la fase precontractual, si existe un reconocimiento jurídico de la buena fe como norma que rige el ejercicio

> de los derechos y la prohibición de su ejercicio antisocial y que es considerada fuerza integradora del contenido contractual. Tiene el deber de informar aquel de los sujetos contratantes que posea los elementos de información que el otro contratante tiene interés en conocer. Si la buena fe objetiva implica una conducta leal entre las partes, violara la buena fe la parte que ha retenido o alterado datos a la otra parte cuando sabía o debía conocer que eta no habría consentido de haberlos conocido o lo habría hecho en otras condiciones. El principio de buena fe exige una colaboración entre los contratantes ya desde un momento anterior al intercambio de consentimientos. El principio de buena fe debe regir las relaciones precontractuales, con mayor razón será de aplicación cuando éstas se caractericen por un desequilibrio entre las partes producido por una mayor información de una y la ignorancia o menos conocimiento de la otra. Es lo que sucede en los contratos concluidos con consumidores; mientras el profesional conoce perfectamente el producto yo servicio, el consumidor por lo general, lo desconoce totalmente (pp. 162-163).[433]

Camacho Clavijo (2005) en su obra, parece redondear la idea de que la buena fe está intrínsecamente conectada con su opuesto, la malicia o mala fe, en el contexto del dolo. Esto sugiere una comprensión

433 Luego Camacho Clavijo (2005) concluye:

> Los consumidores tienen derecho a una información previa veraz y suficiente sobre las características esenciales del servicio o bienes que adquieren (naturaleza, características, condiciones, utilidad, finalidad). Las carencias de la información previa serán consideradas frecuentemente como casos de culpa lata, cuyo tratamiento debe quedar equiparado al dolo: el empresario deberá informar al consumidor no solo [sic] de lo que en realidad conoce sobre las características esenciales del bien o producto sino de las que debería conocer teniendo en cuenta su condición de profesional. (p. 163).

de la buena fe no sólo como un principio inherente a la ejecución honesta y justa de los actos y contratos, sino también en relación con la intención y el comportamiento opuestos, caracterizados por la mala fe o la intención de engañar. Esta perspectiva resalta la importancia de la intención y la honestidad en las transacciones y acuerdos legales en su etapa precontractual, y lo manifiesta de la siguiente manera:

Ante un incumplimiento de los requisitos de información, al margen de las sanciones administrativas pertinentes, debe ponderarse su influencia en la modulación del error y el dolo como causa de anulación del contrato. Estamos ante un consentimiento viciado por error, si el defecto de información previa a la celebración del contrato es de tal magnitud que la falta de esta o la información defectuosa es causante de un consentimiento que de otro modo no se habría prestado; y estamos ante un consentimiento viciado por dolo, cuando el defecto de información o la información defectuosa se debe a la voluntad maliciosa de la otra parte contratante que persigue la finalidad de obtener ese consentimiento (p. 166).

Por otra parte, para completar la figura con respecto al deber de informar y a la lealtad en el intercambio de información, enmarcado en la ley 24240 de Argentina,[434] Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) mencionan lo siguiente:

> El tratante leal brinda información, no la retacea; comunica las novedades o alternativas que se van presentando, no las oculta; hace llegar a la otra parte sus inquietudes, dudas o dificultades, no las disimula; en una palabra, es franco y transparente; cuando entiende que el negocio

434 Ley 24240 de Defensa del Consumidor de Argentina (L. 24240) sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 15 de octubre de 1993. (Argentina).

> no se puede concretar lo dice claramente, sin demoras ni tergiversaciones; no se aprovecha ni trata de enriquecerse con detalles que conoce a mérito de esas tratativas; procura no incurrir en vicios o errores que puedan invalidar el acuerdo. (p. 289).

Ahora bien, el tema de los derechos del consumidor y su naturaleza jurídica de cara a la CIC en su vertiente del deber de informar, ha sido también objeto de debate en el sentido de incardinar a esta responsabilidad dentro de los trebejos contractuales o extracontractuales. En este sentido Paredes Pérez (2014), haciendo un estudio de los instrumentos legales europeos[435] atinentes a

435 Paredes Pérez (2015) se refiere, a modo de ilustración histórica, a los siguientes instrumentos en su trabajo que "tiene como objeto el análisis de los problemas de calificación y las dificultades de interpretación que plantean, a los efectos de la aplicación del Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil1 (RBI bis) y el art. 79.2 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos (RGPD), las acciones de naturaleza contractual y extracontractual de las que dispone el consumidor con la adopción de la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCSD), cuya transposición al ordenamiento jurídico español acaba de realizar recientemente el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores4 (RDL 7/2017).
La DCSD forma parte del paquete de medidas de armonización adoptadas en el marco del primer pilar de la Estrategia para un Mercado Único Digital, con el objetivo de crear las condiciones adecuadas para mejorar el acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en la Unión, entre las que se encuentran también la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y que deroga la Directiva 1999/44/CE6 (DCV), y la revisión de la Directiva (UE) 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDC), a través de la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión" (pp. 2-3).

la formación de un mercado europeo digital y sus contactos con el derecho de los consumidores, explica que la naturaleza de esta responsabilidad precontractual es meramente contractual (p. 27)[436]

Asimismo, el resarcimiento de los daños y perjuicios como producto del quebrantamiento del deber de informar es el llamado interés negativo o de confianza, donde, como dice de la Fuente (2021) "la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se había encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta" es decir, el propio de la responsabilidad precontractual inherente a la institución de la *culpa in contrahendo*" (p. 103).

Otro aspecto que resulta interesante analizar, aunque no es el quid de nuestra investigación, es el referido a la doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato.[437] Morales Moreno (2010) lo señala de la siguiente forma:

---

436 Paredes Pérez (2015) expresa: "la citada acción debe considerarse indisociablemente vinculada con el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, en la medida en que la acción se basa en el incumplimiento del deber legal del proveedor de informar al consumidor antes de la celebración del contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. La información mencionada en la citada disposición, que ha de facilitar el empresario antes de la celebración del contrato, tiene una importancia fundamental, puesto que el consumidor decide sobre la base de esta información si desea vincularse contractualmente con un profesional88, por lo que, se ha de considerar a dicha acción vinculada indisociablemente al contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el proveedor" (p. 29).

437 Morales Moreno (2020) piensa que la publicidad es parte del deber de informar, cuya naturaleza es contractual: "Antes de la STS 27.01.1977, estaba vigente en Derecho español la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad que regula la actividad publicitaria (art. 1 Ley 61/1964), hoy derogada. El Estatuto de la Publicidad no preveía la incorporación de la publicidad al contrato, de manera expresa. Su objeto era regular la publicidad. En relación con su finalidad, establecía que «en el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia» (art. 6 Ley 61/1964), y su artículo 8 se refiere, de modo particular, a la exigencia de veracidad. Las medidas previstas, en caso de infracción de estas exigencias, eran gubernativas (multas); aunque deja abierta, cuanto proceda, la aplicación de medidas penales (art.

> La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. (p. 987).

Como vemos, este tratamiento del deber de información lo vemos desde el punto de vista del civil law. Este tratamiento no es nuevo, sino que deviene como fruto de la influencia del Digesto. En el acápite posterior veremos cómo el deber de información ha sido abordado por el Digesto. Por otro lado, también veremos en el capítulo III, cómo el *common law* también ha diseñado reglas contra el abuso al consumidor (por ejemplo, FTC Act).[438] Por ejemplo, tenemos en el derecho inmobiliario[439] la ley de RESPA.[440] A este

---

64 Ley 61/1964) o civiles (art. 65 Ley 61/1964). A pesar de ello el TS, en algunas sentencias ha reforzado su argumentación invocando el Estatuto de la Publicidad, cuando este era la norma vigente en el momento de los hechos enjuiciados. Posteriormente, tampoco se refiere a la incorporación de la publicidad al contrato la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que deroga al Estatuto de la Publicidad. Esta Ley, en vigor, aunque con diversas modificaciones, regula la publicidad en cuanto tal, pero no su incidencia en los contratos celebrados bajo su influencia. Define la publicidad. En su redacción inicial, definía el concepto de publicidad engañosa, en la actual, simplemente la menciona como una manifestación de la publicidad ilícita (art. 3 Ley 34/1988). Las medidas de la Ley General de Publicidad frente a la publicidad engañosa no se refieren a la vinculación contractual. Es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 8 la que regula la vinculación contractual a consecuencia de la publicidad" (pp. 990-991).

438 Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

439 Roberts (2011) señala el 'deber de revelar defectos' en las transacciones inmobiliarias. Este deber exige al vendedor divulgar cualquier defecto que sea conocido por él, que no sea observable para el comprador y que afecte materialmente el valor de la propiedad (pp. 4-7).

440 Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).

respecto, Cabanillas Sánchez (2015) hace una atingencia con respecto al derecho inmobiliario español:

> En relación con la compraventa y el arrendamiento de viviendas, el Real Decreto de 21 de abril de 1989 disciplina ampliamente la obligación legal de los vendedores o arrendadores de viviendas que actúen en el marco de una actividad empresarial o profesional de informar a los consumidores, debiendo tener a disposición del público, y en su caso de las autoridades competentes, una completa información sobre la vivienda que se pretende vender o arrendar. (p. 786).

Por su parte, y como también lo veremos en el capítulo III referido a la *misrepresentation* del *common law*, la ley del *common law* referida al deber de informar[441] al usuario por parte de los bancos en situaciones de una gestión crediticia,[442] la encontramos en la ley TILA.[443] Aparte de estas leyes, existen otras en el *common law* que imponen un deber de informar ("duty to disclose"), por ejemplo, RESPA,[444] FTC Act,[445] ECOA,[446] entre otras.

---

441 Por su parte Sonnabend (1984) en concreto, analiza la responsabilidad del emisor de un folleto por negligencia grave en caso de información incorrecta (pp. 63-66). En este sentido, también puede consultarse el trabajo de Nickl (2004) quien analiza la relación entre la responsabilidad del folleto y los problemas internos de la empresa y aboga por una relación con la ubicación de la sede de la empresa. También analiza la importancia de considerar la proximidad de la responsabilidad del folleto civil a la responsabilidad del folleto legal especial, que tiene un impacto significativo en la legislación del mercado de capitales (p. 44, 263).

442 Para Oughton y Davis (2000), el deber de cuidado surge cuando se establece una relación especial entre las dos partes, y entonces se requiere que el banco actúe en el mejor interés del cliente, en lugar de aprovecharse de él (p. 367).

443 Truth in Lending Act (TILA), 15 U.S.C. §§ 1601-1667, 1968 (EE.UU.)

444 Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA), 12 U.S.C. § 2601, 1974 (EE.UU.).

445 Federal Trade Commission Act. [FTC Act]. 15 U.S.C. § 45 (1914).

446 Equal Credit Opportunity Act. [ECOA]. 15 U.S.C. §§ 1691-1691f (1974).

De otra parte, si bien es cierto que nuestro tema de análisis es el comparar la RINP (tercera vertiente de la CIC) con el PE, no es ocioso recordar que el deber de informar, y en este caso de la publicidad, es de naturaleza contractual[447] y no se puede perder de vista el carácter "engañoso" que envuelven los casos referidos a publicidad engañosa,[448] es decir, una violación al deber de actuar de buena fe que comporta necesariamente la probanza de la mala fe o el dolo (en este caso: propaganda engañosa, es decir, contraria a la buena fe).[449]

---

447 Morales Moreno (2020) piensa: "Sin embargo, al considerar la incorporación de la publicidad al contrato, a menudo, se tiene a la vista un modelo de situación: el carácter engañoso de la publicidad y la actuación dolosa del contratante, aunque no sea este el supuesto de aplicación de la regla de incorporación de la publicidad al contrato" (p. 1004). Por su parte, Canaris (1982) sostiene que la *culpa in contrahendo* puede surgir de información incorrecta proporcionada por el vendedor, lo que puede llevar a que el comprador celebre un contrato que de otro modo no habría firmado (p. 423).

448 Canaris (1982) menciona que la doctrina de la CIC puede usarse para llenar vacíos en la protección de áreas problemáticas, como cuando alguien se ve tentado negligentemente a celebrar un contrato que no tengan sentido para ellos, o cuando exista publicidad engañosa (p. 419).

449 En este sentido Shell (1988) manifiesta:
Los materiales legales y jurisprudenciales presentados en la Parte II demuestran que las leyes estatales FTC, con su énfasis explícito en normas de equidad y honestidad en las relaciones comerciales y sus remedios supercompensatorios, son fundamentales para las tendencias de derecho comercial descritas en la Parte I. De acuerdo con la sugerencia de Fuller y Perdue hace más de cincuenta años, las leyes estatales FTC han eliminado los 'límites antiguos' entre las teorías de responsabilidad comercial de contrato y tort. Los contratos son importantes en el análisis de la ley estatal FTC sólo en la medida en que describen la relación comercial explícita entre las partes. Si la conducta de una de las partes no alcanza las suposiciones de comportamiento implícitas subyacentes en la relación, el tribunal puede ignorar el contrato y regular la conducta subyacente aplicando estándares de injusticia y engaño basados en el contexto.
La jurisprudencia de la ley estatal FTC ha ido más allá del ideal de un enfoque integrado y orientado a políticas hacia los contratos de Fuller y Perdue. Incluso las reglas del derecho de daños han perdido sus identidades distintas en la aplicación judicial de las normas éticas de 'injusticia' y 'engaño'. Por lo tanto, las leyes estatales FTC han dado el paso conceptual final previsto por el profesor Gilmore. Tanto el contrato como el delito han sido 'absorbidos' en un régimen generalizado de 'obligación civil' basado en los principios éticos de tratos justos y honestos entre empresarios. (p. 1235).

Ahora bien, veamos la parte histórica de esta figura, y para ello nos remontamos al Digesto.[450] Muchos autores consideran que el moderno derecho de los consumidores es el producto de los avances de la doctrina de Ihering referida a la vertiente concomitante con el deber de informar por parte del vendedor, cuyo deber es coetáneo con el de no engañar en una transacción comercial.

Sin embargo, el deber de informar viene derivado del propio Digesto del Emperador Justiniano,[451] quien en los 50 libros que componen las Pandectas, recopiló la información más importante de los pretores romanos hasta ese momento para perennizar su élan histórico y su legado a la humanidad.[452]

Uno de esos legados que tenemos hasta la actualidad es el deber de informar. Veamos brevemente algunas citas del Digesto sobre este tema, con el fin de demostrar que la segunda vertiente de la CIC en realidad es una reproducción del alcance de Roma hasta nuestros tiempos. Tenemos, por ejemplo:

450 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

451 Gómez Calle (1994) también comulga con esta idea, aunque conectando este principio de informar con el de la buena fe cuando manifiesta que la presencia de las exigencias de la buena fe en esta fase ya se admitió en Derecho romano (pp. 12 y ss.).

452 En este sentido Reisberg (2018) cree encontrar un antecedente romano en la figura de la CIC del derecho continental: "Para la ilustración, se puede señalar la ley continental tiene un trasfondo de derecho romano y contiene muchos conceptos latinos, como *culpa in contrahendo*, in dubio pro reo, de iure, de facto, y ius commune" (p. 6).

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
31.16 (21.1)	Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. (16) Cuando alguien interpone una acción para obtener una indemnización por daños y perjuicios por el valor disminuido de un esclavo, por haber huido, y luego demanda porque el esclavo no está sano; ¿Por qué cantidad debe dictarse sentencia? No hay duda de que la acción por daños y perjuicios debido a la huida del esclavo se puede presentar varias veces. Julianus, sin embargo, dice que se debe tener cuidado para evitar que el comprador obtenga ganancias y recupere la tasación de la misma propiedad dos veces.
1.1 (21.1)	1. Ulpiano, Sobre el edicto de los ediles curules, Libro I. Labeo afirma que el Edicto de los ediles curules tiene referencia a las ventas de bienes, ya sea que se trate de terrenos, artículos muebles o de los que se mueven. (1) Los ediles dicen: "Quienes vendan esclavos deben informar a los compradores si tienen alguna enfermedad o defecto, si tienen la costumbre de fugarse o deambular, o si no han sido liberados de la responsabilidad por los daños que han cometido". Todas estas cosas deben declararse públicamente en el momento en que se vendan los esclavos. Si un esclavo se vendiera en violación de esta disposición, o en contra de lo que se ha dicho y prometido en el momento en que se hizo la venta, por lo cual podrá entenderse que el comprador y todos los interesados deben ser indemnizados, concederemos una acción para obligar al vendedor a tomar de nuevo el dicho esclavo, pero si después de la venta y entrega, el valor de dicho esclavo hubiere sido disminuida por el acto de los esclavos del comprador, o de su agente; o cuando una esclava ha tenido un hijo después de la venta; o, si se ha hecho alguna accesión a la propiedad resultante de la venta; o si el comprador ha obtenido alguna ganancia de dicha propiedad, debe restituirla íntegramente. Además, si él mismo hizo alguna adición a la propiedad, puede recuperarla del vendedor. Además, si el esclavo ha cometido un acto ilegal punible con la muerte, si ha sido culpable de cualquier acto contra la vida de alguien, o si ha sido introducido en la arena con el propósito de luchar contra las fieras; todas estas cosas deben declararse al tiempo de la venta; porque en estos casos concederemos una acción para la devolución del esclavo. Además, también otorgaremos una acción cuando se demuestre que una de las partes, a sabiendas y de mala fe, vendió un esclavo en violación de estas disposiciones".

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
26-parr (19.1)	26. Alfenus Verus, Compendio, Libro II. Si alguno, al vender un predio, dijere que en el predio había cien toneles, que eran accesorios del mismo; aunque no hubiera más que un tonel allí, estará obligado, sin embargo, a proporcionar cien toneles al comprador.
27- par (19.1)	27. Paulus, Epitomes de Alfenus, Libro III. Todo lo que el vendedor indique que es un accesorio debe entregarse en buen estado y en buenas condiciones; como, por ejemplo, cuando dice que cierto número de toneles son accesorios de la tierra, debe proporcionarlos enteros y no rotos.
30.1 (19.1)	30. Africanus, Preguntas, Libro VIII. (1) Si me vendes a sabiendas una propiedad que pertenece a otro, mientras yo lo ignoro, Juliano sostiene que puedo invocar adecuadamente una acción de compra contra ti, incluso antes de que me prive de la propiedad por un título mejor, por una cantidad igual a mi interés en que se convierta en mía; porque si bien, por otro lado, es cierto que el vendedor sólo es responsable de la entrega de la propiedad al comprador, y no de transferirle el título, sin embargo, por la razón de que debe garantizar que no está cometiendo fraude, el que a sabiendas vende la propiedad de otro a quien ignora que no es suya, es responsable. Esta regla es especialmente aplicable si manumite a un esclavo o vende una propiedad que se iba a dar en prenda.
13.7-8 (19.2)	13. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (7) Un inquilino abandonó el local ante la aproximación de un ejército, y los soldados posteriormente retiraron las ventanas y otras cosas de la casa; si el inquilino no notificó al propietario cuando se fue, será responsable de una acción de arrendamiento. Labeo dice que si pudo resistir, y no lo hizo, será responsable; y esta opinión es la correcta. Pero si no pudo notificar al propietario, no creo que sea responsable. (8) Donde alguien alquila medidas, y un magistrado ordena que sean destruidas; si eran falsas, Sabino hace una distinción entre el caso en que el arrendatario estaba al tanto del hecho y el caso en que no lo estaba. Si sabía que eran falsas, se interpondrá una acción de arrendamiento, de lo contrario no. Si las medidas eran correctas, solo será responsable en el caso de que sea culpable del acto del edil. Esta opinión también es compartida por Labeo y Mela.

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
9.2 (19.2)	9. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXII. (2) Julianus dice en el Libro Decimoquinto del Digesto, que, cuando alguien arrienda tierra con la condición de que, si algo le sucediera por el ejercicio de una fuerza irresistible, él será responsable de lo mismo; debe cumplir con el contrato.
60.8 (19.2)	60. Labeo, Last Epitomes de Javolenus, Libro V. (8) Usted contrató un vehículo para llevar su equipaje y hacer un viaje, y cuando se cruzó un puente y el cuidador exigió peaje, surgió la pregunta de si el conductor debería pagar peaje solo por su transporte. Yo creo que, si supiera cuando alquiló su vehículo que cruzaría el puente, debería pagar el peaje.
62-parr (19.2)	62. Labeo, Probabilidades, Libro I. Si haces un contrato para cavar un canal, lo completas y, antes de que sea aceptado, es destruido por accidente, el riesgo será tuyo. Paulus dice que, aunque el accidente haya ocurrido por alguna falla del terreno, la parte que contrata el trabajo a realizar debe ser responsable; pero si sucedió porque la obra fue defectuosa, debe cargar con la pérdida.
8-parr (18.6)	8. Paulo, Del Edicto, Libro XXXIII. Es necesario determinar cuándo se completa la venta, pues entonces sabremos quién debe ser responsable del riesgo; ya que, perfeccionada la venta, el comprador debe asumirla. Si se determina la calidad y cantidad de la propiedad a vender, así como el precio de la misma, y se vende sin condición alguna, la transacción es completa. Sin embargo, si se vende bajo una condición, y la condición no se cumple, la venta es nula, lo mismo que en el caso de una estipulación. Próculo y Octaveno dicen que la propiedad está a riesgo del comprador tan pronto como se cumple la condición, y Pomponio aprueba esta opinión en el Libro Noveno. Sin embargo, si estando pendiente la condición, muere el comprador o el vendedor, se establece que, cumplida la condición, quedarán también obligados sus herederos, como si la transacción se hubiera celebrado con referencia a algún tiempo que había pasado.
35.8 (18.1)	35. Gayo, Sobre el Edicto Provincial, Libro X. (8) Si alguno, al vender un terreno, oculta al comprador el nombre de su prójimo, y éste, habiéndolo conocido, no compra la propiedad, tenemos por responsable al vendedor.

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
39.1 (18.1)	39. Julianus, Digesto, Libro XV. (1) Es probable que cuando alguien venda aceitunas que aún cuelgan de los árboles, y estipula que se obtengan diez libras de aceite de las mismas, pretenda ser pagado con lo que se obtenga de ellas hasta diez libras de aceite. aceite. Por tanto, si el comprador sólo puede extraer cinco libras de aceite de dichas aceitunas, varias autoridades sostienen que no será responsable de más de las cinco libras del aceite que haya obtenido.
40-parr (18.1)	40. Paulus, Epitomes del Digesto de Alfenus, Libro IV. Un hombre que vendió un terreno declaró en el contrato: "Que el comprador debe medir el terreno dentro de los próximos treinta días, y debe darle aviso de la medición, y si no lo hizo dentro de ese tiempo, el vendedor debe ser liberado de su obligación". El comprador dio aviso de la medida dentro del tiempo indicado, que resultó ser menor en extensión de lo que suponía, y en esta cuenta recibió dinero del vendedor. Después vendió la tierra, y cuando él mismo la estaba midiendo para su propio comprador, descubrió que había mucha menos tierra en el terreno de lo que pensaba que había. Se planteó la cuestión de si la cantidad de la deficiencia podría recuperarse de su proveedor. La respuesta fue que debían examinarse los términos del contrato. Porque si se hubiera dicho: "Que el comprador mida el terreno dentro de los próximos treinta días, y notifique al dueño cuánto faltaba en la medida", y éste se lo notificó pasado el trigésimo día, de nada serviría. a él; pero si en el contrato se hubiera dispuesto "que el comprador mida el terreno dentro de los treinta días siguientes, y le notifique la medida del mismo", aunque le notifique que el terreno era menor en tamaño de lo que había sido suponía que podía, incluso después de varios años, entablar una acción para recuperar el valor de la deficiencia.
9.1 (40.7)	9. Ulpiano, Sobre Sabino, Libro XXVIII. (1) Si un heredero vende un esclavo en una condición diferente de aquella de la que depende su libertad, su estado no cambia; y puede librarse del control del comprador, como puede hacerlo del del heredero. Pero si el heredero ocultare la condición con que el esclavo ha de ser liberado, estará sujeto a la acción de compra; y las buenas autoridades sostienen que cualquiera que a sabiendas oculta la condición bajo la cual un esclavo ha de ser libre, y lo vende absolutamente, es culpable de estafa.

Referencia del Digesto	Cita Textual del Digesto
9-parr (42.9)	9. Paulus, Sobre el Edicto, Libro LXII. Cierto hombre a sabiendas compró un artículo de un deudor cuya propiedad había sido tomada en ejecución, y luego se lo vendió a un comprador de buena fe. Se planteó la cuestión de si se podía iniciar una acción contra el segundo comprador. La opinión de Sabinus, que un comprador de buena fe no es responsable, es la mejor; porque el fraude sólo debe perjudicar al que lo comete, así como sostenemos que el comprador no será responsable si, ignorando los hechos, compró la cosa al mismo deudor. Pero el que la compró fraudulentamente y después la vendió a un comprador de buena fe, será responsable de la suma total que recibió por la propiedad.
10.2 (42.9)	10. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro LXXIII. (2) Donde el Pretor dice, "consciente del hecho", debemos entender esto en el sentido de que sé que estás cometiendo un fraude; porque si sólo sé que tenéis acreedores, no bastará para hacerme responsable de una acción de factum, porque debo haber participado en el fraude. (3) Si alguien no es partícipe en un fraude, y aun así, en el momento de la venta de la propiedad del deudor, debe ser citado por los acreedores y notificado por ellos en presencia de testigos para no comprar la propiedad, ¿él ser pasible de una acción *de factum* si lo hiciera? La mejor opinión es que será responsable, porque cualquiera que es notificado de no comprar en presencia de testigos, y lo hace, no está libre de fraude. (4) Sin embargo, otra cosa es cuando alguien sabe que otro tiene acreedores, y hace con él un contrato absoluto, sin saber el fraude; porque no se le considera responsable de esta acción.

Con estas citas queda claro que el deber de informar no es patrimonio exclusivo de la CIC, sino que nace de las entrañas del Digesto. El texto del Digesto refleja un principio jurídico antiguo que sigue siendo fundamental en el derecho moderno: el deber de informar en las transacciones comerciales. Este principio, presente tanto en *el civil law* como en *el common law*, obliga a los vendedores a divulgar información esencial sobre los bienes o servicios que ofrecen, asegurando así la transparencia y la equidad en el mercado.

En los escritos de juristas romanos como Ulpiano, Alfenus Verus, y Paulus, encontramos ejemplos claros de este deber. Los vendedores de esclavos, por ejemplo, debían informar a los compradores sobre cualquier enfermedad o comportamiento problemático. La omisión de estos detalles podía resultar en acciones legales para el comprador, como la devolución del esclavo o una compensación.

Este deber de informar se extendía a la venta de bienes inmuebles y accesorios. Los vendedores eran responsables de garantizar que los bienes se entregaran en el estado prometido y de proporcionar cualquier elemento faltante o dañado, bajo pena de ser responsabilizados.

En el contexto moderno, estas ideas se reflejan en las leyes de protección al consumidor. Estas leyes, tanto en el sistema del *civil law* como en el *common law*, imponen a los vendedores la obligación de ser transparentes y honestos acerca de lo que están vendiendo. Esto incluye informar sobre defectos, riesgos potenciales y otras características relevantes del producto o servicio. La omisión de información crucial o el engaño pueden llevar a sanciones legales, incluyendo el derecho del consumidor a devolver el producto o recibir una compensación.

Así, los principios establecidos en el Digesto romano han influenciado y se han mantenido en el derecho contemporáneo, demostrando la persistencia de la idea de que la honestidad y la transparencia son esenciales para el comercio justo y la protección del consumidor.

Asimismo, brevemente analizaremos el recorrido casuístico con respecto al deber de divulgar, aunque esta vertiente de la CIC no es elemento central para nuestro tema de estudio, sino la tercera vertiente de la CIC (Ruptura Injustificada de Negociaciones Preliminares RINP) que se ha de comparar con la figura del

misrepresentation (capítulo III y anexo III) con el *Promissory estoppel* (capítulo V y anexo IV).

2.2.2. Deberes de lealtad en la negociación

Los deberes de información no son buenos ejemplos para estudiar ni los RINP ni los PE, pese a que sean buenos ejemplos para entender el accionar de la CIC o de la teoría del fraude o restitución o *misrepresentation*, o hasta de los *torts*.

Los ejemplos sobre el quebrantamiento de la obligación de negociación de buena fe, sí son ejemplos de la RINP, comparables con la teoría del PE, y ése será justamente el tema del próximo capítulo.

Entretanto, veamos algunos casos que fueron enviados al Tribunal Arbitral que lindan con el artículo 2.1.15 de los Principios UNIDROIT que dictan que las partes deben negociar de buena fe. Recordando este principio del UNIDROIT, el citado numera 2.1.15 manifiesta que:

(1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo.
(2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.
(3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.[453] En atención a este numeral estudiaremos a continuación los laudos arbitrales internacionales recogidos de una plataforma virtual "UNILEX"[454] que recoge los laudos arbitrales

453 Principios de Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit). §2.1.15. 2004.

454 UNILEX database [en línea]. Disponible en https://www.unilex.info/main/about. [Consulta 24 de febrero de 2023].

más importantes a nivel mundial referidos al uso de los Principios UNIDROIT y del CISG[455] pero que ahora veremos su desenvolvimiento en función a la responsabilidad precontractual en torno a la obligación de negociar de buena fe, con su consecuente análisis de la manera en que el laudo pudo haber sido resuelto haciendo uso del RINP o del PE, con el fin de determinar cuál de ambas figuras es más justa o eficiente.

2.3. Deber de negociar de buena fe o la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP)

2.3.1. La buena fe como elemento de la RINP

Como venimos estudiando desde el capítulo primero, en el momento en que la doctrina incorpora la buena fe como motor central de la CIC (en especial para la tercera vertiente: RINP) la parte actora necesariamente tiene que demostrar que la buena fe (que se presume) ha sido conculcada al momento en que la confianza[456] de la parte promisoria ha sido no solamente burlada sino "defraudada". Este elemento de "mala fe", dolo o "fraude" es un elemento central de la concepción doctrinal y jurisprudencial de la RINP.

Para Ordoqui Castilla, por ejemplo, los requisitos de la RINP son:

a). Existencia de tratativas consentidas con planteos serios, concretos.

b). Ejercicio del derecho de retracto con ruptura intempestiva o injustificada de las tratativas.

---

455 Para un análisis más completo sobre dos problemas del CISG, tanto un problema intrínseco de la interpretación de las propias disposiciones de la CISG, como el deber del comprador de inspeccionar los bienes y notificar al vendedor cualquier no conformidad, u otro extrínseco, cual es la posibilidad de que el comprador recurra a remedios domésticos concurrentes si por alguna razón los remedios de la CISG están excluidos, como apunta Shwenzer, (2007, p. 416).

456 Pardolesi (2009) habla de "confianza justificable" (pp. 64-65).

c). Que con este accionar se cause un daño cierto y real.
d). El daño debe relacionarse causalmente con la confianza suscitada y defraudada.

En este mismo sentido, Ordoqui Castilla (2017) se refiere a la interacción de la buena fe con el ejercicio abusivo del derecho de la siguiente forma:

> En definitiva, lo que se busca evitar es el ejercicio abusivo del derecho al retracto, lo que supone ejercer un derecho fuera de las exigencias de un proceder acorde a la buena fe… La buena fe objetiva aparece como norma de conducta destinada a proteger la confianza de un sujeto y la lealtad y corrección del otro. (p. 257).

Posteriormente Ordoqui Castilla (2017) aclara la definición de ruptura "injustificada" o abusiva[457] de negociaciones, cuando:

> a). Se inició la tratativa sabiendo que no se concluiría en ningún contrato, existiendo incluso una conducta dolosa; b) aun sin que haya dolo se inician tratativas similares en dos frentes, con más de una persona, con la idea de contratar con una sola de ellas; c). se ejerce el derecho de retracto con abuso. (p. 260).

Y luego sentencia: "Si existe dolo (falta de intención real de contratar) puede fácilmente deducirse que se trastocó la razonable confianza" (p. 261).

Con ello queda claro, que la mala fe, el dolo, el engaño o el fraude, debe probarse para demostrar que la buena fe o la confianza

457 Pardolesi (2011) destaca la importancia de la 'diligencia, corrección y buena fe' para evitar comprometer los intereses de los involucrados en las negociaciones (pp. 378-379).

fue quebrada o defraudad. El elemento dolo juega un papel preponderante en la figura del RINP, con ello la teoría pasa de ser una ruptura injustificada de negociaciones preliminares a una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares.

2.3.2. La buena fe objetiva y subjetiva

Como vimos en el capítulo I, existe una buena fe objetiva, que es el principio ordenador de toda actividad humana, concomitante con el valor justicia y la equidad. Este es uno de los legados de Roma. La buena fe subjetiva consiste en la creencia subjetiva de creer hacer lo correcto.[458]

Dawson (1970) analiza los riesgos de la expansión del principio de "buena fe" a partir del numeral 242 del BGB,[459] a partir de los riesgos que impone dicha operación:

> Las cláusulas generales, especialmente la cláusula de "buena fe" (artículo 242), ilustran el proceso mediante el cual los académicos del derecho se han sumado conscientemente a la campaña para imponer orden al caos generado por los jueces. "Buena fe" hace mucho tiempo que se desvinculó de su base en el derecho privado de las obligaciones para convertirse en el estándar omnipresente en todas las esferas del derecho alemán. No solo ha permitido a los tribunales

458 De La Puente y Lavalle (2007) discernió dos sentidos de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, en el siguiente sentido: "Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, o sea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió" (p. 332).

459 Numeral § 242 del BGB dice: "El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual."

> invocar ideales morales y sociales de alto nivel que sobrevuelan las normas legales formalmente válidas, sino que también exige que la justicia se individualice, a través de la evaluación de todos los elementos únicos de cada caso en particular. Sin embargo, la clasificación pronto reveló que la masa conglomerada de soluciones atribuidas por los tribunales al artículo 242 se podía agrupar en conjuntos o "tipos", para cada uno de los cuales se podía encontrar algún principio organizador. El principio podría estar relacionado con una conducta (por ejemplo, demora perjudicial en la afirmación de un reclamo, afirmaciones de hechos o intenciones en las que otros habían confiado) o alguna interrupción identificable en una relación jurídica (por ejemplo, falta de cooperación o cambios en las condiciones de un contrato). La tarea de los académicos del derecho era identificar los "tipos" y aislar los principios de la riqueza de detalles en casos concretos. Estos principios subordinados, una vez extraídos, comenzaron a ser tratados por los tribunales y abogados como si se hubieran desprendido de su fuente en el artículo 242 y hubieran adquirido fuerza propia. En 1955, un autor anunció alegremente que a través del proceso de "tipificación" las cláusulas generales habían sido "contenidas". Esto parece ser excesivamente optimista. La clasificación y reordenación de las creaciones judiciales en nombre de la "buena fe" y la "buena moral" presentan un desafío continuo para los organizadores del derecho alemán. (p. 496).

En efecto, este desafío y riesgo se pone de manifiesto con respecto a la CIC, como lo adelantamos en el capítulo I, al analizar el

efecto de la relación del numeral 311 del BGB[460] con el 242 para definir la CIC.

En el mismo sentido, Dobrilá (2015) explica esta sutil diferencia entre la buena fe objetiva y subjetiva en el sentido siguiente:

> El significado objetivo de buena fe y la buena fe subjetiva: la buena fe subjetiva se define como un estado mental subjetivo, sin saber ni tener que saber de un determinado hecho o evento (con relevancia en el derecho de propiedad, adquisición de buena fe), y la buena fe objetiva es el concepto al que se refieren las cláusulas generales de buena fe, se considera una norma para el comportamiento de las partes contratantes, actuando de conformidad con la buena fe o en contra de ella (p. 4).

Si bien es cierto Ihering no impuso la "buena fe" como motor central de su teoría, sino el quebrantamiento del deber de actuar con diligencia en los contratos, la doctrina que malinterpretó a Ihering (como lo vimos en el capítulo anterior) propone desprender la fuerza vinculante de la CIC del principio general de la buena fe, al igual que el derecho italiano con el numeral 1342 de su CC, en clara contradicción a los postulados de Ihering que explícitamente expuso que su teoría no podía estar basada en la buena fe mas sí en la negligencia (Ihering, 1861, p. 30 y 37).

460 Numeral § 311 del BGB: (1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
1. El inicio de las negociaciones del contrato,
2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o
3. Contactos similares de tipo negocial.

No existe ningún texto del Digesto, como lo apreciamos del estudio del Digesto, cuyo resumen taxonómico se encuentra en el apéndice 2 de esta obra, que imponga un deber de negociar de buena fe. Antes, al contrario, los textos del Digesto sugieren que la buena fe se presume y que la mala fe (que se la equipara con la malicia y el fraude) queda entroncada con el dolo, convirtiendo a la teoría de la *culpa in contrahendo* una postura contradictoria donde el fraude (mala fe) termina por devorar a la culpa por negligencia (que era la postura inicial de Ihering, 1861, p. 37).

2.3.3. El dolo *in contrahendo* que devoró la culpa

En teoría, la CIC se originó como una teoría que derivaba solamente de la "culpa" strictu sensu, es decir, de la negligencia o la falta de diligencia. Este aspecto Ihering (1861) lo especificó claramente al momento de analizar el motor central de su teoría en base al análisis de diversos textos romanos (Digesto) para tratar de encontrar una justificación al porqué una parte debería ser responsable de los daños económicos sufridos a consecuencia de proceder o actuar de acuerdo a las representaciones del promitente. (p. 37).

Es decir, Ihering (1861) trata por todos los medios de desprender cualquier conexión de la CIC con la buena fue (p. 30) puesto que piensa que la buena fe se presume y que ambas partes presuntamente estarían actuando de buena fe. De modo que probar el opuesto a la buena fe: la mala fe, acarrea necesariamente probar una malicia que se define como dolo o fraude (p. 37).

Básicamente lo que Ihering trató de hacer fue hacer un esfuerzo para impedir que el dolo se apodere de la culpa, por eso pensó que la buena fe no podía ser el motor de la CIC sino la negligencia, puesto que toda negligencia es el correlato dialéctico de una falta de diligencia debida. Este estudio preliminar, como lo vimos en el capítulo anterior (y corroborado por las citas del Digesto que las

reproducimos en el apéndice 1) muestra claramente que Ihering (1861) trató de insacular la doctrina de la CIC dentro de los trebejos contractuales y no extracontractuales (pp. 30, 37).

Sin embargo, como lo vimos en el capítulo 1, los otros doctrinarios como Faggella, Larenz, Siber, Saleilles, etc., explícitamente se deshacen del principio de la diligencia debida y abrazan la buena fe como principal elemento de esta teoría. Como lo vimos en el capítulo anterior, esta incorporación de la buena fe acarrea que dicha teoría se reconduzca a los trebejos extracontractuales.

Como fácilmente se puede comprobar por la copiosa casuística española, italiana, francesa y alemana (del capítulo 6 de esta obra), los jueces han adoptado la CIC como una figura de responsabilidad extracontractual, donde la buena fe se presume, y donde la mala fe debe probarse.[461]

Asimismo, como lo vimos en la parte atinente a Roma, en el Digesto pudimos apreciar que la buena fe es un principio que, al igual que la equidad y la diligencia, recorren los entresijos de la vida humana. No hay, para el Digesto, nada que no se haga con buena fe. Sin embargo, el mismo Digesto explica que la buena fe es presumida y que la mala fe (equiparada al fraude o dolo) es castigada.

De modo que al incluir a la buena fe como elemento indispensable de la CIC (contra el pensamiento y planteamiento de Ihering, 1861, pp. 30 y 37), la buena fe hace que la culpa quede subsumida dentro del dolo, porque la mala fe debe probarse, es decir, el dolo o el fraude deben

461 En la sentencia STS 15-10-2011 (6635/2011) -en adelante, caso Suprasport"-, la Corte española sostuvo: "Esa responsabilidad se lleva por algunos - entre ellos, la recurrente - al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un "tertium genus", como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que" [...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana [...]"

probarse para demostrar que la parte que actuó maliciosamente es responsable.[462]

De esta manera, en teoría, la CIC estaría compuesta de culpa "in strictu sensu" y de dolo (o mala fe).[463] Sin embargo, en la práctica (como lo veremos en el capítulo 6), el dolo devora a la culpa, con lo cual la figura de la extracontractualidad de la CIC predomina sobre la contractualidad que proponía originalmente Ihering.

Consecuente con la definición de dolo o fraude del Digesto, Torres Manrique (2004) afirma que el dolo "supone un engaño, es inducir deliberadamente en error a otra persona con el objeto de inducirla a celebrar un acto jurídico. Puede revestir dos formas: Afirmación de lo que es falso. Deliberada ocultación de lo verdadero" (p. 28). Y estas discusiones son en realidad interminables.

Con ello, la CIC queda doctrinalmente divida en dos sectores, un sector que favorece la CIC como figura contractual enancada en la diligencia (al modo que propuso Ihering, 1861) y otro sector que se condice con la incorporación de la buena fe como elemento central de su filosofía.[464]

Cuando la buena fe se introduce en la CIC como elemento esencial de dicha figura (pese a que -como lo manifestamos en la herencia de Roma de que la buena fe objetiva era un principio que gobierna toda actividad del derecho público y privado-) para que tenga operatividad la parte recurrente necesita fundar su acción en la mala fe, la misma que se equipara con el dolo o el fraude. Con ello,

462 Ordoqui Castilla (2017) piensa que "la identidad del dolo se encuentra en la intención de dañar o engañar. La culpa refiere a la falta de la diligencia debida. Conviene aclarar que el dolo vicio se caracteriza por la intención de engañar y no por la intención de dañar. El engaño que inspira a la intención que lo lleva a la realidad es para obtener un beneficio" (pp. 406-407).

463 Cfr. Torres Manrique (2004, p. 23).

464 Cfr. Torres Manrique (2004, p. 30).

el efecto probatorio es sumamente alto. Ordoqui Castilla (2017) lo considera de la misma forma: "así como la buena fe se presume, el dolo *debe* ser probado cada vez que se invoque. No son muchos los casos de anulación por dolo y ello no tanto porque no se invoque sino porque lo realmente complejo es su prueba." (p. 412).[465]

Con ello, la culpa desaparece y la mala fe reina como elemento de juicio. El problema es que que para la parte afectada, probar la mala fe o el dolo, no es tarea sencilla, porque tiene que demostrar el estado mental del agresor desde la perspectiva de una ausencia de buena fe. Este elemento probatorio hace que la CIC enancada en la figura del dolo resulte una figura onerosa porque tiene que demostrar la malicia, el engaño, la deshonestidad[466] o la mentira que entraña la mala fe y el dolo.[467]

Probar el dolo no es tarea sencilla. Es por eso que al incorporar la buena fe como elemento motor de la CIC (en contra de las explícitas recomendaciones de Ihering), ha impuesto una carga pesada en el actor que debe probar que el promitente actuó de mala fe. Este peso innecesario en los hombros del actor es de por sí injusto. Ordoqui Castilla lo expresa de la siguiente forma: "Así como la buena fe se presume, el dolo debe ser probado cada vez que se invoque. No son

---

465 Este extremo es sumamente interesante al momento de comparar la CIC con el PE, toda vez que en el marco de la CIC se impone una carga probatoria alta, es decir, tartar de probar el dolo o la mala fe.

466 Gurpinar (2006) asemeja la honestidad con la Buena fe (p. 88), y menciona el concepto de "dürüstlük" (traducido como "honestidad" o "buena fe") (p. 121).

467 Ordoqui Castilla (2017) comenta:

> El dolo requiere de una mentira, o sea, que se falsee algo. No hay dolo sin mentira, pero no toda mentira configura un dolo. Decir algo falso no es en sí dolo, se requiere algo más, que es precisamente una estratagema o artificio para engañar. Si la simple mentira se invoca en lugar del dolo ella podría traer mucha inseguridad jurídica ahora de contratar [sic]. La mentira en esencia supone no actuar de buena fe, generalmente en la etapa de las tratativas, y puede derivar en una forma de responsabilidad precontractual. (pp. 408).

muchos los casos de anulación por dolo y ello no tanto porque no se invoque sino porque lo realmente complejo es su prueba." (p. 412).

2.3.4. El dolo *in contrahendo* y la diligencia in contrahendo

De esta manera, la CIC termina siendo *dolo in contrahendo* (ya que la buena fe se presume, y su contrapartida -la mala fe o el dolo- requiere ser probado), dejando a la diligencia en contrahendo (tesis de Ihering, 1861, pp. 30-37) en un apartado separado.

Si la CIC quedad equiparada al dolo in contrahendo, no solamente la naturaleza jurídica de la CIC queda vinculada a la responsabilidad extracontractual, sino que el aspecto resarcitorio queda emparentado con el interés negativo. Sin embargo, si se reconduce el análisis de la CIC por el tema de la diligencia en contrahendo, dejando de lado el tema del dolo (o sea de la buena fe), entonces la CIC queda insaculada en los trebejos contractuales y el aspecto resarcitorio queda ampliado al interés positivo.[468]

Ahora bien, tanto el dolo *in contrahendo* como la diligencia *in contrahendo* responden a filosofías distintas. El primero (dolo in contrahendo) como lo venimos viendo, es la respuesta práctica al uso de la buena fe como elemento de la doctrina de la CIC. El grueso de los doctrinarios expuestos en el capítulo han apostado por incorporar la buena fe como motor básico de la CIC con la consecuente carga probatoria a la parte actora que debe demostrar la mala fe (equiparada por el Digesto con el dolo o el fraude) ya que la buena fe se presume, y con ello el tema del dolo *in contrahendo* quedaría vinculado con la responsabilidad extracontractual; mientras que por otra parte, la diligencia *in contrahendo* -postura de Ihering (1861, pp. 30-37) no necesita recurrir a la buena fe para echar a actuar la maquinaria doctrinal que acarrear un sistema indemnizatorio

468 Esta heterogeneidad la vimos en el capítulo I, cuando tratamos el tema de la CIC a partir del análisis de Cabanillas Sánchez (2015, pp. 757-759).

embebido del interés negativo y cuya naturaleza jurídica se vincula al sistema contractual.

2.3.5. El dolo in contrahendo: sobre el dolo causal y dolo incidental

Como hemos visto en el acápite anterior, la *culpa in contrahendo* en realidad es "dolo in contrahendo" por cuanto la buena fe ha invadido la posición de la culpa (la que por concepto deriva de la negligencia de un deber que Ihering lo llamó de diligencia en los contratos, a partir de su estudio de los textos del Digesto). De modo que la buena fe -que se presume por antología desde la concepción romanística- necesariamente implica la necesidad de probar la mala fe (que el Digesto la equipara con el dolo y el fraude).

Asimismo, también vimos que la RINP (hija legítima de la CIC) en realidad no es una ruptura injustificada de negociaciones preliminares, sino una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares.

Por ello, Morales Moreno (2020) habla de un dolo causal e incidental en el llamado "dolo in contrahendo":

> La responsabilidad por la confianza (entendida en sentido amplio) puede canalizarse, también, a través de remedios precontractuales. Tales remedios se fundamentan en el dolo *in contrahendo* (tanto causal como incidental), el error (imputable al contratante que utiliza la publicidad, aun sin intención de engañar), o la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. (p. 987).

Es decir, como lo vimos en el apéndice 2 -referido al tratamiento del Digesto de la buena fe y el dolo- de esta obra, el dolo es un vicio de la voluntad que entraña engaño o mentira que una de las partes del contrato instrumentaliza para inducir a la otra a celebrar el acuerdo. Sin embargo, el dolo puede ser causal o incidental.

El dolo causal es el que determina la celebración del acuerdo. Es decir, sin el dolo, la víctima no habría celebrado el contrato. El dolo causal tiene la consecuencia de anular el contrato.

Mientras tanto, el dolo incidental es el que no determina la celebración del contrato: o sea, la víctima podría haber celebrado el contrato, aun no existiendo el dolo. El dolo incidental no tiene la consecuencia de anular el contrato, pero sí da lugar a una indemnización por daños y perjuicios.[469]

Por ejemplo, si una persona vende un automóvil a otra persona, diciéndole que tiene un motor nuevo, cuando en realidad el motor está malogrado, el dolo es causal, este comportamiento es concomitante a una *misrepresentation* -desde el punto de vista del *common law*-, o sea un engaño.[470] La víctima no habría comprado el automóvil si hubiera sabido las condiciones del vehículo.[471] Por lo tanto, el contrato se puede anular y la víctima puede recuperar el dinero que pagó por el objeto adquirido.

Cabanillas Sánchez (2015) lo explica de la siguiente forma:

---

469 Cabanillas Sánchez (2015) expuso el tema del dolo incidental en España de siguiente forma:

> "Según el artículo 1.270.2 CC, el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios. El dolo, como maquinación fraudulenta que puede causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación de resarcir, al amparo del artículo 1.270.2 CC. En el caso de dolo incidental hay que afirmar la naturaleza contractual de la responsabilidad, que implica la indemnización de daños y perjuicios, y la no exclusión del interés positivo porque la frustración de la expectativa, o de la confianza, es imputable al contratante doloso" (pp. 775-776).

Por su parte el numeral 1270 del CC español dice a la letra: "Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios."

470 El tema del *misrepresentation* lo veremos en el capítulo III.

471 Tommasi (2012) discute la obligación de buena fe y la necesidad de un mínimo de lealtad y honestidad en las negociaciones. (pp. 95-97).

> Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procederá la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte.
>
> Sería incoherente exigir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que puedan ser indemnizados. (pp. 767-768).

Por otra parte, si una persona vende un vehículo a otra persona, diciéndole que tiene un kilometraje bajo, cuando en realidad el kilometraje es alto, el dolo es incidental. La víctima habría comprado el coche, aunque no hubiera sabido que el kilometraje era alto. Por lo tanto, el contrato no se puede anular, pero la víctima puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

La distinción entre dolo causal e incidental es importante porque determina las consecuencias jurídicas del engaño.[472]

Ahora bien, para Cabanillas Sánchez (2015) el dolo in contrahendo, contrario a la buena fe, puede enmarcarse dentro del numeral 1902 del CC español sin perder su naturaleza contractual:

> En el caso del dolo in contrahendo, la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual.
>
> El CC no contiene un régimen especial para la responsabilidad *in contrahendo* y hemos de aplicar uno de los existentes (contractual, extracontractual). El adecuado

472 Cabanillas Sánchez (2015) razona que: "El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debido al dolo, es imputable al contratante doloso y genera un deber de reparar en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo." (p. 770).

> es el régimen de responsabilidad contractual. Así resulta de nuestro Derecho histórico, que de acuerdo con el Derecho romano (en los contratos de buena fe) ofrece la acción del contrato para exigir la indemnización debida a dolo in contrahendo. Además, no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo.
>
> No obstante, aun cuando creemos que la acción indemnizatoria presenta naturaleza contractual, esto no significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de encuadrarse en los artículos 1.902 y concordantes. (p. 769).

3. LA REGULACIÓN DE LA CIC EN DERECHO COMPARADO

3.1. Una aproximación a la regulación de la CIC en Europa

A. Alemania

a. El CIC en el Código Civil Alemán (GBG)

El tema de la RINP se ve en Alemania a través de la violación de un deber de orden público, en este caso, el deber de no romper negociaciones por razones que no son válidas; sin embargo, en el derecho italiano se ve la RINP a partir de la violación del deber precontractual de negociar de buena fe. En el *common law* americano no existe el deber de negociar de buena fe, o sea no existe tal deber, por cuanto las Cortes han señalado claramente que la defensa que tiene una persona que avizora que una negociación no le conviene es desistir de negociar, es decir, no existe un deber *precontractual* para amparar la confianza o el *reliance* de la parte perjudicada.

De otra parte, los tres grandes temas sobre los cuales gira la teoría de la CIC en el Código Civil Alemán (BGB) son el error, la imposibilidad del objeto o la ilegalidad. Algunos artículos del BGB han sido modificados, caso del artículo 307 del BGB que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del 2001 que se refería a un interés negativo.[473]

El artículo 311(2)(1) del Código Civil alemán (BGB), producto de la reforma del 2001,[474] enumera los pasos a través de los cuales la obligación de pagar daños es creada. Este artículo pasa a denominarse "Relaciones negociales y obligatorias análogas" y dice:[475]

(1) Se requiere un contrato entre las partes para establecer una relación contractual a través de una transacción legal y cambiar el contenido de una relación contractual, a menos que la ley establezca lo contrario.
(2) Una relación obligatoria con las obligaciones bajo la Sección 241 (2) también surge a través de:
    1. El inicio de las negociaciones del contrato,
    2. La preparación de un contrato donde una parte, con respecto a una posible relación contractual, le da a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, intereses legales y otros intereses, o se los confía, o

473 BGB § 307 (1) Si una persona, al concluir un contrato que es de ejecución imposible, supo o debería haber sabido que era imposible, está obligado a compensar por cualquier daño que la otra parte haya sostenido al confiar en la validez del contrato; pero no, sin embargo, más que el valor del interés que la otra parte tienen en la validez del contrato. La obligación de compensar no nace si la otra parte supo o debería haber sabido de la imposibilidad. (2) Estas reglas aplican *mutatis mutandis* si la ejecución es solamente parcialmente imposible, y el contrato es válido con respecto a la parte posible, o si solamente una de las muchas alternativas de ejecución prometida es imposible. Civil Alemán (BGB), §307. 2 de enero de 2002. (Alemania).

474 En el año 2001, el legislador alemán combinó la implementación de la Directiva 199/444/EC del Parlamento Europeo del 25 de mayo de 1999 sobre algunos aspectos de la venta de bienes y garantías.

475 Código Civil Alemán (BGB), §311. 2 de enero de 2002. (Alemania).

3. Contactos similares de tipo negocial.

(3) Dicha obligación comienza a existir en particular si el tercero, al reclamar que se le otorgue un alto grado de confianza, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en la celebración del contrato.

Este tercer segmento es una novedad dentro de la CIC, puesto que no solamente se limita a situaciones donde un tercero actúa como representante o auxiliar en las negociaciones de las partes, sino, como lo expresa la doctrina, se trata se situaciones donde "el tercero que informa a los contratantes cuando no hay un contrato establecido con ellos si bien, por la cualificación profesional y la neutralidad del tercero, los contratantes confían en el para contratar."[476]

Por su parte, el aludido artículo §241.II del BGB explica, respecto a los deberes derivados de una obligación que:[477]

> (1) En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a reclamar el cumplimiento del deudor. La actuación también puede consistir en omisión.
>
> (2) Una obligación también puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en cuenta los derechos, intereses legales y otros intereses de la otra parte.

Como vemos, el artículo 241.II del BGB impone la obligación de cada parte de observar y respetar los derechos de la otra parte, y esta obligación se extiende a la etapa negocial o precontractual, por virtud del numeral 311(2)(1) del BGB. No queda claro si existe una obligación de actuar de buena fe en la etapa negocial, al estilo del CC italiano, todo parece indicar que no.

476 Cfr. García, M. y Otero (2010, p. 19).

477 BGB § 241.II.

Ahora bien, una vez impuesta la obligación de actuar lealmente en la etapa negocial o precontractual, una vez que se viole esta obligación la indemnización por daños viene por mandato del número 280(1) del BGB, que dice:

> (1) Si el deudor incumple una obligación derivada de la relación deudora, el obligante puede exigir una indemnización por el daño causado como consecuencia. Esto no se aplica si el deudor no es responsable del incumplimiento del deber.

De otra parte, existe otro numeral del BGB que redondea la figura de la CIC, específicamente la RINP, se trata del numeral 276[478] que reza así:

> (1) El deudor es responsable por dolo y negligencia si no se determina una responsabilidad más estricta o más leve ni se puede inferir del otro contenido de la obligación, en particular de la asunción de una garantía o un riesgo de contratación. Las disposiciones de las Secciones 827[479] y 828[480] se aplican en consecuencia.

---

478 BGB § 276.

479 BGB § 827: "No es responsable del daño quien causa daño a otra persona en estado de inconsciencia o en estado de perturbación patológica de la actividad psíquica que excluye la libre determinación de la voluntad. Si se ha puesto en un estado temporal de este tipo por medio de licor o medios similares, es responsable del daño que causa ilícitamente en este estado de la misma manera que si fuera culpable de negligencia; la responsabilidad no surge si se metió en la situación por causas ajenas a él."

480 BGB § 828: "1) Quien no haya cumplido los siete años no es responsable de los daños que cause a otro.
(2) Cualquiera que haya cumplido siete años, pero no diez años no es responsable de los daños que cause a otra persona en caso de accidente con un vehículo de motor, un ferrocarril o un tren colgante. Esto no se aplica si intencionalmente causó la lesión.
(3) Cualquier persona que aún no haya cumplido los 18 años, a menos que su responsabilidad esté excluida en virtud del párrafo 1 o 2, no es responsable del

> (2) Cualquier persona que no ejerza la debida diligencia requerida en el tráfico actúa con negligencia.
>
> (3) La responsabilidad por dolo no puede ser liberada por anticipado del deudor.

Leyendo e interpretando ambos artículos se entiende que la CIC en el moderno Código Civil alemán sigue enmarcada en la responsabilidad contractual, pero se elastiza al campo de actuación contractual para abrazar el aspecto de las "negociaciones precontractuales" para darles efectos contractuales no siendo *per se* contractuales. De esta manera, la responsabilidad precontractual ingresa al campo de las obligaciones para exigir una contraprestación, una obligación recíproca, al igual que el campo contractual sin ser netamente contractual.

Es importante aclarar que el derecho alemán recepta la figura de la RINP a partir de la violación del deber de no interrumpir las negociaciones preliminares sin una causa válida, a diferencia del derecho italiano que exige (para los RINP) la presencia de un deber de negociar de buena fe. Ninguna de estas obligaciones queda reflejada en el concepto del PE americano.

De otra parte, si bien es cierto no existe legislativamente una obligación de negociar o de divulgar información de buena fe en la etapa precontractual, la jurisprudencia alemana, como lo veremos en el anexo III, ha incorporado la obligación de actuar de buena fe del numeral 242 del BGB[481] a la etapa precontractual del numeral 311 del BGB.[482]

---

daño que inflige a otro si no comete el acto dañino tiene la perspicacia necesaria para reconocer la responsabilidad."

481 Numeral § 242 del BGB dice: "El deudor está obligado a cumplir la prestación requerida por la buena fe con respecto a la práctica habitual."

482 Véase Sentencia XI ZR 205/05, Tribunal Federal de Justicia de Alemania, (2008).

Ahora veamos la evolución de la CIC, analicemos un poco su historia, su fisonomía, para luego delimitar los elementos constitutivos de la CIC enfocada en la responsabilidad precontractual.

b. Régimen extracontractual del BGB

Veamos ahora el régimen extracontractual del BGB. El sistema extracontractual alemán está concebido a partir de los artículos 823 y siguientes. El artículo 823 del GBG contempla la fórmula general mediante la cual quien, mediante dolo o negligencia, lesiona la vida, el cuerpo, la salud, la libertad o cualquier otro derecho ajeno, tiene la obligación de reparar el daño. En la segunda parte del artículo 823 del GBG se impone la obligación de resarcir a quien, culpable y antijurídicamente, haya violado una ley protectora. En el artículo 826, se hace alusión a quien daña a otra dolosamente y contraviniendo las buenas costumbres.

Más allá de esto artículos, existen otros más específicos donde se regulan los perjuicios causados a un crédito (BGB §824), los provocados por animales (BGB §§833 y 834) y por la ruina de un edificio (BGB §§836, 837 y 838), pero veamos el numeral 823 del BGB[483] referido a responsabilidad por daños:

> (1) Cualquier persona que viole intencionalmente o por negligencia la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona está obligado a compensar al otro por el daño resultante.
>
> (2) La misma obligación se aplica a quienes violan una ley destinada a proteger a otra. Si, de acuerdo con el contenido de la ley, una violación de esto es posible sin culpa, la obligación de pagar una indemnización sólo surge en caso de culpa.

483 BGB § 823.

> Por su parte el numeral 826 del BGB se refiera a daño moral deliberado:
>
> Cualquiera que deliberadamente inflija daño a otro de una manera contraria a la decencia común está obligado a compensar al otro por el daño.

Originalmente, la protección a la propiedad estaba excluida del primer enunciado del numeral 823, pero posteriormente se lo incluyó. Entonces, el vacío quedó solucionado por cuanto legislativamente no había la posibilidad de indemnizar a la parte inocente por las declaraciones de la parte culpable o declarante con respecto a los derechos patrimoniales y de forma negligente.[484]

Cabe anotar una observación importante con respecto a la clasificación de la CIC y el RINP. Tanto la CIC como el RINP nacen a consecuencia de violaciones de deberes de información (CIC) o de negociar de buena fe o de no interrumpir los tratos preliminares sin una causa válida (RINP), de modo que nos encontramos en el caso del RINP (en los trebejos de la responsabilidad precontractual). En los casos de violación del derecho de información (CIC) nos encontraríamos -comparando con el *common law*- dentro de la responsabilidad extracontractual, más específicamente en el campo

484 Asúa González (1989) analiza la influencia del régimen de responsabilidad extracontractual en el desarrollo de la *Culpa in contrahendo* (CIC). Explica que fue necesario encontrar un principio que ofreciera una base para compensar daños que no estaban cubiertos por el régimen contractual y que tampoco encajaban en las disposiciones del § 823 II y § 826 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán, BGB). Según Asúa González (1989), tanto los casos reflejados en el BGB, que son un reflejo de las ideas de Ihering (como los artículos §122, §179 II, §307 y §309), como los problemas relacionados con daños sufridos durante la formación del contrato que surgieron a partir de estas ideas, implicaban principalmente daños patrimoniales causados por negligencia. Esto demuestra la importancia de la responsabilidad extracontractual en el desarrollo y la aplicación de la teoría de la CIC, especialmente en casos donde los daños patrimoniales ocurren en la fase de negociación del contrato (p. 37).

de los *torts*. Ahora bien, la clasificación de los PE es harto debatida por cuanto muchos autores la ubican en el campo precontractual, mas no en el campo de los torts (caso de accidentes de automóvil, o mala práctica médica, por ejemplo), en los que sí es necesaria una violación a un deber.

B. Italia

Como lo hemos venido adelantando, Italia tiene la partida de nacimiento de la CIC en la rama del RINP, precisamente deviene del numeral 1337 del Código Civil de 1942 (CCI),[485] que dice: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."

Este numeral ha servido de inspiración a otros sistemas legislativos de otros países y otros proyectos de unificación legislativa. La médula ósea de la RINP parte del principio de una negociación de buena fe. Sin embargo, y como lo veremos en los capítulos venideros (en especial el anexo III), este deber de actuar de buena fe (similar al deber de actuar lealmente del código alemán) resulta en una imposición que deriva de la misma estructura del sistema de los *torts* (o del sistema aquilino de responsabilidad extracontractual) donde el quebrantamiento de dicha obligación genera la obligación de reparar el daño causado,[486] equiparable a la *misrepresentation*.[487]

A propósito de esto, este artículo 1337 hace alusión -con total claridad- al interés negativo al estipular: "Las partes, al llevar a cabo las **negociaciones** y formar el contrato, deben **comportarse de buena**

485 Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia).

486 Por su parte, Ferro (1999) analiza la posibilidad de un "tercer tipo" de responsabilidad, que no es ni contractual ni extracontractual y analiza el principio de buena fe en el ordenamiento jurídico italiano (p. 71).

487 Ferro (1999) menciona que la definición de "dolo" (malicia) y "colpa" (negligencia) en el Código Civil italiano, señalando que las definiciones están tomadas del Código Penal italiano (p. 108).

fe." [488] Con relación a este precepto, existen ciertos elementos de valoración para entender hasta qué punto y cuándo se produce la vulneración al deber de negociar de buena fe. De esta manera García y Otero (2010) plantea los siguientes parámetros:

> Así, partiendo del principio de libertad contractual, los tribunales italianos han reconocido que, para apreciar la violación del mismo, los tratos preliminares dirigidos a la conclusión de un contrato han debido alcanzar un estadio que justifique objetivamente la confianza en la conclusión del contrato; además, será preciso que una de las partes haya interrumpido los tratos eludiendo las expectativas razonables de la otra; sobremanera, la parte que había confiado en la conclusión del contrato debería haber sido inducida a realizar gastos con vistas al acuerdo o a renunciar a otras ocasiones de contratar más favorables (¿) y, finalmente, el comportamiento del autor de la ruptura ha de ser calificado, si no como de mala fe, -en el sentido de dolo-, sí al menos de culposo, al no hallarse amparado por una justa causa. (p. 34).

Como podemos observar del apartado anterior, el tema de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares (RINP) resulta un subtipo de *Culpa in contrahendo* frente a la violación del deber de negociar de buena fe.

En el caso de la CIC tenemos los casos de violación de la obligación de cuidado (caso del linóleo)[489] o del deber de información (como los casos de protección a los consumidores), y los casos de RINP donde -como se aprecia del apartado antecedente- la parte

488 Código Civil italiano (CCI). Art. 1337. 16 de marzo 1942 (Italia). En adelante "CCI".
489 Sentencia VI 240/11, RGZ 78, 239. (1911).

inocente o afectada es "inducida" por la otra parte a realizar gastos. Esta "inducción" a realizar gastos, es una figura parecida a la de responsabilidad extracontractual del CC italiano, así lo exponen García y Otero (2010):

> Por otra parte, se ha afirmado tajantemente que la responsabilidad precontractual prevista en el precepto reproducido constituye una forma de responsabilidad extracontractual que se liga a la violación de una regla de conducta, de modo que tanto la resarcibilidad del daño como sus valores se rigen por las normas generales contenidas en los arts. 2043 y 2056 del *Codice Civile*, incluyéndose también las normas sobre prescripción y sobre carga de la prueba. (p. 28).

Este punto lo tocaremos más adelante, pero este atisbo de comparación o mejor dicho de subsunción de la responsabilidad precontractual dentro de los trebejos de la responsabilidad extracontractual resulta sugestivo toda vez que la responsabilidad extracontractual responde a la violación de un deber, como por ejemplo el deber general de no dañar la propiedad o el bienestar físico de terceros, esto en el *common law* se conoce como *torts*. En el desarrollo de los casos por analizar veremos que la RINP se parece más a la *misrepresentation* que a la PE.

Por otra parte, veamos que el artículo 2043 del CC italiano[490] sobre indemnización por hechos ilícitos dice que: "Todo acto doloso o negligente, que cause un daño injusto a los demás, obliga a la

490 Este numeral habla sobre la responsabilidad extracontractual italiano que estipula: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" (Cualquier acto intencional o negligente, que cause un daño injusto a otros, obliga a la persona que cometió el acto a compensar el daño.)

persona que lo cometió a reparar el daño." Y el artículo 2056 añade que "La indemnización debida al perjudicado deberá determinarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1223, 1226 y 1227. El lucro cesante es valorado por el juez con justa apreciación de las circunstancias del caso.[491]

Ahora bien, el artículo 1338 del CCI trae otra referencia a la doctrina de la CIC en la figura de la obligación de las partes de informar sobre posibles defectos del producto en la etapa negocial. Específicamente lo manifiesta así: "La parte que, conociendo o debiera haber conocido la existencia de una causa de nulidad del contrato, no ha informado a la otra parte está obligada a indemnizar el daño sufrido por esta última por haber confiado, sin culpa propia, en la validez del contrato."

Por su parte, el artículo 1176 del CCI estipula: "El deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la buena fe"; mientras que en el numeral 1375 se lee: "El contrato deberá ser

491 Finalmente, sobre el debate si esta RINP trae consigo una posibilidad indemnizatoria para abrazar el interés negativo y no el positivo, Asúa González (1989) expresa:
El interés contractual negativo y su opuesto, el interés contractual positivo, se apoyan respectivamente, valga la redundancia, en el aspecto positivo y negativo del contrato. El aspecto positivo lo constituye la validez y por eso el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente como si el contrato hubiera desplegado su afecto principal: el cumplimiento. El lado negativo, sin embargo, es la invalidez y en ella ha de basarse quien, ante un contrato nulo, pretenda ser indemnizado; no podrá ser colocado como si el contrato fuera válido, sino que, y dado que la invalidez es un hecho, su reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial en la que se hallaría si no se hubiese contratado (si no hubiese confiado en la validez del contrato). **Al interés negativo pueden responder no solo las pérdidas efectivamente sufridas -gastos de celebración del contrato- sino también las ganancias dejadas de obtener en relación a negocios que se desecharon por preferir el que al final resultó inválido** (p. 28).
Este párrafo de Asúa González resulta confuso, puesto que el interés negativo equivale a los gastos incurridos (daño emergente), no al lucro que se dejó de ganar, el que se equipara al interés positivo (lucro cesante); sin embargo, García y Otero (1989) postula que el interés resarcible no solamente es el interés negativo (de confianza o daño emergente), sino también el positivo (de cumplimiento o lucro cesante) (p. 28-29).

ejecutado de acuerdo con la buena fe", este numeral se condice con el numeral 1366 del CCI que señala que "El contrato debe ser interpretado de buena fe."

C. España

a. La CIC en el Código Civil español

El actual CC español de 1889 es inspirado en el Código de Napoleón de 1804, cuya noción de causa está inspirada en las teorías de Domat y Pothier. El CC de España, nos relate Tomás Martínez (2010) "no contiene ninguna regla específica sobre responsabilidad precontractual y tampoco han llegado al Tribunal Supremo muchos asuntos de este orden. Cuando ello ha acontecido han sido resueltos como casos de responsabilidad extracontractual (art. 1902). Así, la doctrina mayoritaria ha venido considerando los casos de responsabilidad precontractual como daños no contractuales en el sentido de infracción del principio *neminem laedere*" (p. 192). (No lesionar a otro).

En España podemos rastrear la CIC en el artículo 1902 del actual Código Civil, que a la letra dice:[492] "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Es necesario destacar que el objeto de esta investigación es la comparación del PE del *common law* con el RINP del *common law*. El RINP es una rama de la CIC. La CIC es una figura más grande y abarcativa dentro del espectro legislativo del *civil law*. El punto de comparación de la CIC es con la responsabilidad extracontractual (de los *torts*, diríamos, para referirnos al *common law*).

492 Código Civil español (CCE). Art. 1902. Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

Otro aspecto importante de destacar es que mientras el artículo 1902 del CC español se refiere a la obligación resarcitoria por un daño en general, el numeral 309 del BGB solamente se refiere a daños a la vida, el cuerpo, o la salud, mas no a la propiedad.

Estamos frente al artículo referido a la responsabilidad extracontractual, donde el artículo refiere que si una persona causa un daño por acción u omisión por culpa o negligencia entonces estará obligado a reparar dicho daño.

Nótese, además, como lo expusimos anteriormente, que no existe la obligación legal de negociar de buena fe, sin embargo, encontramos el artículo 1258 del CC que estipula que:[493] "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

Como vemos, la obligación de actuar de buena fe no es precontractual, sino contractual. Sin embargo, la teoría de la RINP se enanca en la buena fe como obligación de negociar en la etapa precontractual (de acuerdo al modelo italiano) o la obligación de no interrumpir las negociaciones sin causa válida (en el modelo alemán). En efecto, el artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942, para comprender la diferencia: "Las partes, al realizar las negociaciones y formar el contrato, deben comportarse de buena fe." [494]

Como podemos comprobar, el CC español no contiene un equivalente legislativo parecido al artículo 1337 del CC italiano que impone la obligación de negociar de buena fe. Sin embargo, doctrinariamente y jurisprudencialmente (como lo veremos en el

493 CCE, § 1258.
494 CCI. §1337.

capítulo III), la casuística se inclina en incluir la RINP como doctrina de la CIC en España, y recurrir al artículo 1902 que se refiere a la responsabilidad extracontractual.

En efecto, "en los casos en los que se aprecia la existencia de responsabilidad por ruptura de tratos, la doctrina más numerosa y la jurisprudencia españolas la someten al régimen jurídico de la responsabilidad extracontractuales... NO parece que, en el sistema español, el lesionado como consecuencia de la ruptura puede exigir como compensación el llamado interés positivo, esto es, la efectiva celebración del contrato." (García y Otero, 2010, p. 42).

Hasta ahora vemos con claridad dos elementos de la CIC y del RINP: el daño, y la conducta desleal o gravemente culposa que defrauda la confianza de la otra persona; sin embargo, como lo venimos repitiendo, no conviene confundir la CIC con el RINP por cuanto la CIC es mucho más amplia y parecida a la responsabilidad extracontractual (*torts* en el *common law*), de modo que el objeto de estudio en el presente trabajo es la comparación entre el RINP con la PE, para determinar cuál de las dos figuras es más justa y eficiente.

Como nota final, el Código Civil de Cataluña en su artículo 117-7, cuya elaboración se inicia con la publicación de la Ley 29/2022 del 30 de diciembre de 2022 (Ley del Código Civil de Cataluña), bajo el rótulo de "buena fe" dice:[495] "En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos."

En realidad, la responsabilidad precontractual en España tiene encarnadura en el numeral 1902 del CCE referido a la obligación general de no dañar (*neminem laedere*). De esta forma, la CIC en

495 CC de Cataluña, Ley 29/2002, §117-7, 30 diciembre 2002

la vertiente RINP, es en el derecho español extracontractual, así lo expone Núñez Muñiz (2015):

> Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas. (p. 1636).

En el mismo sentido, Cabanillas Sánchez (2015) piensa que la responsabilidad precontractual es aquiliana, toda vez que el numeral 1902 del CCE tiene remembranzas de los artículos 1337 y 1338 del CC italiano (p. 751). Asimismo, piensa que por el hecho que dos personas se pongan en contacto en la etapa negocial, no quiere decir que el tema de la responsabilidad precontractual deba reconducirse por los trebejos del sistema contractual, ya que le parece un exceso (pp. 751-752):

> Ciertamente que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan sólo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas... Esta responsabilidad nunca podrá ser de tipo contractual por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal carácter ha podido producirse: nos encontramos, por tanto, ante un caso de culpa extracontractual o aquilina derivada del hecho ilícito. (p. 752).

Cabe advertir que Cabanillas Sánchez (2015) une el tema de la responsabilidad precontractual con el tema de la evitación de la mala fe o fraude (p. 252), y es justamente por ello que al insacular la buena fe como elemento de la CIC, necesariamente se desemboca en una situación de dolo (llámese mala fe o fraude).[496]

Cabe resaltar la diferencia de tratamiento legislativo con respecto al perjuicio patrimonial en España y en Alemania. Como lo vimos en el sistema extracontractual alemán, el Código BGB no brindaba cobertura indemnizatoria a aquellas situaciones donde existía un puro daño económico que no sea reconducido al tema del dolo, cuando en realidad era un tema de culpa, a diferencia del tratamiento del numeral 1902 del CC español que liga el tema de la violación al *neminem laedere* a este tipo de situaciones.[497]

Sin embargo, esta clasificación responde a los casos de *dolo in contrahendo*, o de la ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, donde el quebrantamiento del deber de actuar o negociar de buena fe se reconduce al tema del dolo (mala fe o fraude). Con ello, la *Culpa*

496 Este tema de la dicotomía entre la culpa y el dolo lo trataremos con más detenimiento en el capítulo II de esta obra.

497 Cfr. Cabanillas Sánchez, A. (2015, p. 755).

in contrahendo -como lo veremos en profundidad en el capítulo II- quedaba absorbida por el dolo, y con ello clasificado en el sistema extracontractual. Sin embargo, algunos casos que pasamos a estudiar en el anexo III de esta obra resultan con una respuesta más adecuada cuando no se utiliza el elemento de "buena fe", sino el elemento de "diligencia" que ya lo había sugerido Ihering (1861, pp. 30-37). De esta suerte, en casos donde existe la culpa a través de la violación del deber de diligencia, la CIC guarda sinonimia con el PE, y por ello en este tipo de casos la RINP o la CIC tendría que reconducirse a los trebejos contractuales, y no extracontractuales.[498]

Esta dialéctica la intuye Cabanillas Sánchez (2015) quien manifiesta:

> A nuestro juicio, la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad contractual explica que la obligación resarcitoria que nos ocupa no admita un único e indiscutible encasillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones tal vez encuentre encaje en el marco contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de

498 En el anexo III veremos muchos casos encasillados en la responsabilidad extracontractual, así por ejemplo la STS 16-05-1988 (RJ 3673/1988) (*Caso Vizcaya*), donde la Corte sostuvo: "El problema del traslado del demandante don Daniel se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la Oficina de Miami (USA) estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa "*incontrahendo*" que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio "*neminen laedere*", que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el Juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902 aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás."

> las diferentes situaciones en las que puede aislarse un supuesto de *culpa in contrahendo* a fin de delimitar sus características estructurales y el régimen jurídico que se presenta adecuado al sistema.
>
> La consideración de un *tertium genus* de responsabilidad para caracterizar a la *culpa in contrahendo* puede ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa de lege ferenda, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la *culpa in contrahendo* como contractual o extracontractual.
>
> Por todo lo dicho, es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de *culpa in contrahendo*, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual, como dijimos anteriormente. Una respuesta unívoca no puede ser ofrecida realizando una calificación apriorística de la responsabilidad precontractual.
>
> Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difícilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta. (pp. 757-758).

Esta heterogeneidad en el tratamiento de la naturaleza jurídica del *dolo in contrahendo* y de la *diligencia in contrahendo*, que vienen insaculadas en un mismo cuerpo genérico denominado CIC, con su consecuente disparidad ínsita reflejada en el interminable debate

entre la contractualidad y la extracontractualidad, también se refleja en los límites indemnizatorios, es decir, el debate gira en torno a si la indemnización se bebe del hontanar del interés negativo o positivo. Cabanillas Sánchez (2015) cree que puede ser de ambas (p. 759).[499]

Entonces, de una parte, tenemos el dolo in contrahendo, gobernado por el elemento de la buena fe (que se presume, pero cuyo quebrantamiento o violación en la etapa prenegocial demanda su probanza para determinar la mala fe o el dolo), y la diligencia *in contrahendo* (que genera la culpa en strictu sensu). Ambos extremos son dispuestos y planteados en el plano teórico, puesto que en el plano práctico la CIC es gobernada por el dolo *in contrahendo* y pocas veces por la diligencia in contrahendo.[500]

b. La responsabilidad precontractual en el derecho mercantil español

Los artículos propuestos en el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante "ACM") 412-1 y 412-2 incluyen cláusulas referentes al sistema de responsabilidad precontractual.[501]

Así, por ejemplo, el Artículo 412-1 del ACM, estipula: "Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que con este carácter reciba de la otra en el curso de las

499 Cabanillas Sánchez (2015) la manifiesta de la siguiente manera: "Frente a esta tesis hay que afirmar que ante la heterogeneidad de los casos de *culpa in contrahendo* no es oportuno sentar una regla general que no admita excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del
interés negativo. La obligación resarcitoria que nos ocupa no admite un único e indiscutible encasillamiento. No es una exigencia institucional del sistema jurídico español que en las ocasiones en las que se produce responsabilidad precontractual el daño indemnizable coincide con el interés negativo, sino que en nuestro Derecho existen supuestos de *culpa in contrahendo* que llevan aparejada la indemnización del interés positivo o de cumplimiento" (p. 759).

500 Este tema lo desarrollaremos con mayor amplitud en el capítulo II.

501 Anteproyecto Del Código Mercantil Español, Ministerio de Justicia, [ACM]. 30 mayo del 2014 (España).

negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber."

Por su parte, el numeral 412-2 del ACM, postula una responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato.

1. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo.
2. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

De los dos artículos mencionados, centremos nuestra atención al numeral 2 del artículo 412-2, en especial la primera parte que reproduce la ideología de la RINP, o sea de la responsabilidad precontractual de raigambre italiana. En efecto, la primera oración del segundo numeral explícitamente impone la obligación de negociar de buena fe. Pero la segunda parte del mismo numeral es un poco abstracto, se impone la presunción de que existe mala fe cuando una parte ingresa a negociar sin intención de llegar a un acuerdo. Este extremo creemos que fue un poco lejos y se aleja de la filosofía del RINP, en el sentido de que cualquier tipo de negociación de una parte que no tenga la intención de llegar a un acuerdo ya actúa *per se* de mala fe. Es el caso del transeúnte que camina en un mall y ve una casaca que le gusta y decide preguntarle al empleado de qué material está hecho. De acuerdo a este artículo, o sea la segunda parte de este numeral, cualquier persona (como el transeúnte) que no tenga la

intención de culminar la negociación (cual es la de comprar la casaca) estaría actuando de mala fe, y en realidad ése no es el caso porque el transeúnte todavía no ha decidido comprar o no comprar.

Y en este punto donde es necesario detenernos. Si el artículo habla de la mala fe, está dando a entender que la responsabilidad se deriva de un actuar doloso (o sea con intención), entonces la doctrina se pregunta, ¿qué pasa cuando existe un actuar no doloso pero culposo? Es el ejemplo de Rodríguez de las Heras (2015), que piensa:

> Si el nacimiento del deber de indemnizar tiene su foco en la frustración de la confianza legitima, cabría admitir la extensión a comportamientos culposos o negligentes, pero no a los sencillamente capaces de generar confianza en la otra parte aun en ausencia de culpa. En cualquier caso, la confianza que se protege es la legítima, la objetiva y la razonable, pero no se podrán indemnizar los daños que deriven de la errónea valoración de las negociaciones por la parte perjudicada, de su imprudencia, de su actuación negligente o de la precipitación que no se hayan visto alentadas por un comportamiento inadecuado de la otra parte en el sentido de contrario a la buena fe. (p. 1810).

Al respecto, cabe mencionar que el artículo 7 del actual Código Civil Español claramente especifica el deber de ejercitar los derechos bajo el principio de la buena fe, evitando el abuso del derecho:[502] "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con

502 Código Civil español. [CCE], aprobado el Real Decreto de 24 de julio de 1889. (España).

daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Y por otro lado el artículo 1 del CC español reza lo siguiente: "Artículo 1: (4). Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico."[503]

Entontes, realizando una interpretación extensiva, algún sector de la doctrina española piensa que la obligación de ejercitar los derechos de buena fe se extiende a la etapa precontractual por concepto del artículo 7.1 y artículo 1.4 del CC español. Cierto sector de la doctrina opina que el principio de la buena fe ilumina toda etapa del tramado negocial, es decir, la etapa de negociaciones preliminares. Rodríguez De las Heras (2015) lo manifiesta así:

> La fase de negociaciones está presidida, como el propio acto de contratar, por el principio de libertad de las partes para iniciar, continuar o desistir de los tratos… Esta libertad de las partes no es absoluta ni ilimitada, sino que aparece enmarcada por el principio de buena fe. p. 1808.

Asimismo, volviendo al tema del RINP en el Anteproyecto del Código Mercantil, en función a la alusión sobre la mala fe que hace el artículo. Nos parece que este tratamiento del Anteproyecto del Código Mercantil es difuso e impreciso con respecto a la obligación de negociar de buena fe. Esta normativa debería precisarse mejor y no dejar al aire el tema de la buena fe, en el entendido que esta normativa quiera enganchar la normatividad mercantil a los conceptos de la CIC o del RINP en particular.

503 CCE. §1(4).

Si la normatividad propuesta pretende imponer con su *ius imperium* la obligación de negociar de buena en la etapa precontractual, debería definir lo que se entiende por buena fe, y no simplemente definir lo que es la mala fe. Asimismo, debería explicar que la parte que no actúa de buena fe, o sea de mala fe, genera o induce a parte inocente (ajena al vicio) a actuar en conformidad con las promesas, lo que le lleva a incurrir en gastos o danos que son resarcibles por la parte culposa. Esta parte del "Overact" no está ni en lo más mínimo referido.

Con esto, el concepto de PE desde la perspectiva del artículo 90 del Segundo Restatement de los Contratos queda definido de una manera más eficaz y más nítida que la definición de la RINP que pretende realizar el Anteproyecto del Código Mercantil.

D. Austria

En Austria, la CIC no está codificada; sin embargo, podemos ver el numeral 1295 del Código Civil Austriaco[504] que sería la única figura viable para dar solución a situaciones de responsabilidad precontractual. En efecto, tal numeral especifica:

> Toda persona tiene derecho a reclamar la reparación de un perjuicio a quien sea responsable de habérselo ocasionado; el perjuicio puede ser causado por un incumplimiento de una obligación contractual o no guardar relación con un contrato

Entonces, a nuestro modo de ver, el numeral 1295 del ABGB sería la fórmula para acercar la figura de la responsabilidad aquiliana (extracontractual) y tratar de resolver los asuntos de la CIC-RINP.

504 Código Civil General de Austria [ABGB]. Art. 1295. (Austria).

E. Dinamarca

No existe una provisión legislativa con respecto a la CIC o la responsabilidad precontractual en el derecho danés. Hay, sin embargo, algunas normas contractuales y otras de orden púbico que pudieran prestar su férula para atender problemas reales, como por ejemplo la Ley de Contratos de Dinamarca;[505] sin embargo, no existe obligación de negociar de buena fe.

Por otra parte, Cartwright y Hesselink (2009) opinan que existen dos doctrinas derivadas de la práctica judicial con respecto a los contratos y la mala fe de una de las partes. Una de ellas es la negociación tramposa (*cheat contracting*) y la otra es la continuación tramposa o engañosa (*cheat continuing*), de donde los tribunales podrían usar una de estas figuras pare indemnizar daños. (pp. 49-50).

F. Escocia

Como quiera que Escocia adoptó el sistema del *common law inglés*, no existe una obligación de negociar de buena fe, y por lo tanto la CIC no es una figura aceptada. En todo caso, la responsabilidad extracontractual (*torts*) o aquiliana, en la figura del fraude o el engaño (*misrepresentation*) puede ser la alternativa.

Los elementos del fraude son:

1). Que la parte demandada supo que la representación era falsa, o
2). Que el demandado creyó que la representación era falsa, aunque positivamente no sabía que era falsa, o
(3) Que la parte demandad realizó la representación con indiferencia a la verdad. (Cartwrigth y Hesselink, 2009, pp. 52-53.

505 Ley de Contratos de Dinamarca (LCD). Art. 25. 8 de Setiembre de 1986. (Dinamarca).

G. Estonia

La Ley de Obligaciones (Law of Obligations Act, LOA)[506] de Estonia se titula "Responsabilidad por daños ilícitos". Establece que: "Una persona que causa daños ilícitos a otra persona está obligada a compensar por los daños".

Asimismo, el numeral 14 de la LOA establece: § 14. Negociaciones precontractuales:

> (1) Las personas que participan en negociaciones precontractuales u otras preparaciones para la celebración de un contrato deben tener en cuenta razonablemente los intereses y derechos de las demás. La información intercambiada por las personas en el curso de la preparación para la celebración del contrato debe ser precisa.
>
> (2) Las personas que participan en negociaciones precontractuales u otras preparaciones para la celebración de un contrato deben informar a la otra parte de todas las circunstancias en las que la otra parte tenga un interés esencial identificable, en función del objeto del contrato. No existe la obligación de informar a la otra parte de tales circunstancias de las que la otra parte no pudiera esperar razonablemente ser informada.
>
> (3) Si las personas que participan en negociaciones precontractuales no llegan a un acuerdo, no se derivan consecuencias jurídicas para las personas de las negociaciones. Una persona no debe participar en negociaciones de mala fe, en particular si la persona no tiene la intención real de celebrar un contrato, ni romper las negociaciones de mala fe.

506 Ley de Obligaciones de Estonia [LOA]. Art. 1043. 7 de enero 2002 (Estonia).

> (4) Si se presenta a una persona información que no está sujeta a divulgación en el curso de las negociaciones precontractuales, la persona no debe divulgar dicha información a otras personas ni utilizarla de mala fe en su propio interés, independientemente de que se celebre o no un contrato.

Como se puede observar, la CIC en sus tres vertientes se introduce en la normativa de Estonia. En la doctrina estoniana ha habido un debate en torno a la naturaleza jurídica de este principio, que parece recoger el postulado de la CIC, en el sentido de insacular el numeral aludido bajo la férula contractual o extracontractual. Sein (2005) piensa que su naturaleza es extra contractual (pp. 10-11) y lo expresa de la siguiente forma:

> Estos derechos legales deben y, por regla general, son protegidos únicamente a través de la ley de delitos. Si una persona abre un supermercado y los visitantes son golpeados por un estante que cae, la responsabilidad del supermercado hacia aquellas personas que tenían la intención de comprar algo, es decir, estaban, por así decirlo, en el proceso de negociaciones precontractuales, no debería ser diferente de su responsabilidad hacia aquellas personas que no tenían la intención de comprar nada o incluso no podían comprar nada debido a su capacidad legal activa restringida. Más bien, se debe adoptar la posición de que el propietario del supermercado tiene un deber general de cuidado en relación con todas las personas presentes, y en caso de violación de dicho deber, surgirá la responsabilidad por delito del propietario. (p. 11).

Por otra parte, es necesario resaltar el párrafo tercero del numeral 14 de la LOA que establece la obligación de negociar sin mala

fe. Como lo veremos en el próximo capítulo, especialmente en la parte atinente al legado del Digesto romano, la buena fe se presume en todas las actividades humanas, y es la mala fe equiparable al dolo o al fraude que debe probarse. Con ello queda demostrado, que, en la normatividad de Estonia, el principio del RINP (ruptura injustificada de negociaciones preliminares, significa una ruptura "maliciosa" (de mala fe) de negociaciones preliminares.

Asimismo, es necesario recordar que el numeral 14 es un reflejo en la etapa precontractual del principio general de actuar de buena fe, encapsulado en el numeral 6: (1) Los obligados y los obligados actuarán de buena fe en sus relaciones mutuas".

Por su parte, el eterno debate sobre si la CIC es contractual o extracontractual, también se cristaliza en la doctrina de Estonia, especialmente Kull y Torga (2013) que expresan tal dicotomía de la siguiente forma:

> Todavía no está claro si la responsabilidad por el incumplimiento de tales obligaciones se caracterizaría, con arreglo al Derecho sustantivo estonio, como contractual o extracontractual, aunque la opinión predominante en la doctrina estonia parece ser favorecer a los primeros, ya que estas obligaciones han sido reguladas por el legislador junto con las obligaciones contractuales. (p. 66).

Como podemos apreciar, este debate es interminable y se reproduce en cada legislación nacional; sin embargo, los esfuerzos académicos y doctrinarios para relanzar la economía estonia dentro del libre mercado europeo han sido elogiados por el propio Von Bar (2008):

> Los países que dependen del comercio exterior deberían tener un interés vital en la promoción de un marco común

> para el intercambio de bienes y servicios. Este es el argumento central, según entendemos, presentado por el Gobierno de Estonia en la Conferencia de Tartu de 2007 en apoyo del CFR [Draft Common Frame of Reference] y de nuestro trabajo. Agradecemos ese apoyo. Esperamos sinceramente que el espíritu de esa importante conferencia contribuya a la buena elaboración de políticas en los años venideros. (p. 7).

Como veremos posteriormente, el proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR en inglés), la cita de Von Bar hace directa alusión al tratamiento del numeral 3:301 que se refiere dentro de los deberes de negociación y confidencialidad a las negociaciones contrarias a la buena fe y al trato justo:[507]

> (1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Una persona que participa en negociaciones t**iene el deber de negociar de buena fe y un trato justo y de no romper las negociaciones que sean contrarias a la buena fe y al trato justo. Este deber no puede ser excluido ni limitado por contrato.** (3) Una persona que incumpla el deber es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento. (4) **Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una persona inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte**. [El subrayado es nuestro].

Sobre estos puntos regresaremos posteriormente con detenimiento.

507 Marco Común de Referencia Europeo. (MCRE). § 3:301. 2009. En adelante "MCRE".

H. Finlandia

Finlandia tiene una Ley Sobre Daños de 1974[508] que es la reproducción del sistema de responsabilidad extracontractual, pero no impone una obligación de negociar de buena fe, ni tampoco incorpora la CIC en su articulado. En efecto, la sección 1 del capítulo II de esta ley provee que "una persona que deliberadamente o negligentemente causa daño a otra será responsable por los daños."[509] En el sistema de daños de Finlandia, como vemos, el tema de la culpa es crucial para determinar la responsabilidad.

Por su parte, la Ley de Contratos de Finlandia de 1929 tampoco tiene una provisión sobre la responsabilidad precontractual.[510] Sin embargo, el Código de Derechos Reales de Finlandia tiene dos artículos que es necesario revisar,[511] en especial la Sección primera del Capítulo 2 que expresa los requisitos para la existencia del contrato sobre bienes raíces, que es el contrato escrito, firmado por comprador y vendedor frente a un notario.[512] De otra parte, la Sección 7 del Capítulo 2 se refiere al precontrato de la siguiente forma:[513]

> (1) Las partes pueden celebrar un precontrato sobre una intención de venta de bienes inmuebles. El precontrato puede ser obligatorio para una sola de las partes.
>
> (2) El precontrato se celebrará de conformidad con las disposiciones de las secciones 1 y 3; también las demás disposiciones sobre la venta de bienes inmuebles se aplican a un precontrato, donde corresponda. El precontrato también indicará el plazo para la celebración de la venta de

508 Ley de Daños de Finlandia (LDF) No. 412 de 1974 (Finlandia).
509 LDF, § Capítulo II, sección I (1).
510 Ley de Contratos de Finlandia (Oikeustoimilaki,), Nro. 228. 1929 (Finlandia).
511 Código de Bienes Raíces de Finlandia (Maakaari). Nro. 540, 1995. 1998 (Finlandia).
512 Maakaari, Capítulo 2, Sección 1.
513 Maakaari, Capítulo 2, Sección 7.

> bienes inmuebles y las condiciones cuyo cumplimiento da lugar a la venta.
>
> Sin embargo, el precio y otras contraprestaciones pueden dejarse a convenir más tarde, en el base a que se refiere el precontrato. Si no ha transcurrido el tiempo de vigencia del precontrato indicado, será de cinco años desde la celebración del precontrato.
>
> (3) Una parte del precontrato tendrá derecho a iniciar una acción dentro del plazo límite previsto en la sección 2(2) y exigir que la otra parte concluya la venta como pactado en el precontrato. Además, una parte tendrá derecho a la debida indemnización por incumplimiento de precontrato. Si el bien inmueble ha incumplido el precontrato ha sido transmitido a un tercero, el comprador mencionado en el precontrato tendrá derecho a la debida compensación por parte del vendedor.[514]

Por su parte la Sección 8 de dicho Código detalla con precisión la compensación a la parte afectada si la otra parte de rehúsa a formalizar el contrato: "Si las partes han convenido en una venta de bienes inmuebles, pero el acuerdo no ha sido concluido de conformidad con la sección 7(2), la parte responsable de la no celebración de la venta compensará a la otra parte por los costos razonables incurridos por publicidad, visitas al inmueble y las demás actividades necesarias para la conclusión de la venta. Si se ha hecho un pago inicial, la parte que exceda el se devolverán los costes mencionados anteriormente."[515]

A nuestro modo de ver, pese a que el Contrato de Bienes Raíces contenga unos numerales referidos al precontrato de bienes

514 Maakaari, Capítulo 2, Sección 7.

515 Maakaari, Capítulo 2, Sección 8.

raíces, ese "precontrato" en realidad es un contrato o una promesa de formalizar el contrato futuro. Los agentes de bienes raíces y los abogados de inmuebles lo usan frecuentemente y es un lugar común con el fin de evitar que el vendedor o el comprador cambien de opinión y vendan el bien inmueble a un tercero mientras que el agente inmobiliario sigue trabajando en la financiación (por ejemplo) del futuro comprador.

I. Francia

No tiene un sistema de CIC al estilo de la responsabilidad precontractual[516] italiana o alemán, pero resuelve el problema de la RINP a través de la responsabilidad extracontractual o aquiliana de los numerales 1240 y 1241 del CCF (antiguos numerales 1382[517] y 1383 del CCF)[518] que dice: "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo", que no es sino el principio "*neminem laedere*" (no dañar a otro), mientras que el numeral 1383 del CCF alude a la culpa no intencional como la negligente o imprudente.

En el derecho francés no existe un sistema de responsabilidad precontractual derivado de una obligación de negociar de buena fe, al modo del código civil italiano, por tanto, no existe la teoría de la CIC en este sentido. Toda responsabilidad derivada de una lesión al derecho patrimonial ajeno será reconducida a través de la responsabilidad extracontractual (o sea lo que se conoce en el *common law* como un "*tort*"). Veamos a continuación los artículos pertinentes del Código Civil.

---

516 Chaussade Klein (1992) llama "responsabilité précontractuelle" a la CIC en el Sistema francés (pp. 144 y 146).

517 En relación a casos de fraude o engaño, Chaussade Klein (1992), cree que se puede usar la figura de la CIC para reclamar daños y perjuicios (pp. 85-91 y 110).

518 Código Civil Francés (CCF), 2016.

Los artículos 1240 y 1241 del Código Civil Francés reformado en el 2016,[519] establecen los principios de la responsabilidad extracontractual:

> Art. 1240. –Cualquier acto humano que cause daño a otro crea en la persona por cuya culpa ocurrió la obligación de repararlo.[520]
>
> Arte. 1241. –Toda persona es responsable del daño que haya causado no solo por su acción, sino también por su falta de acción o su descuido.

Como podemos observar, existe una obligación de reparar el daño irrogado a otro. No se especifica si es un daño al patrimonio, al cuerpo, la propiedad o la salud de otra persona, solamente se explica que existe la obligación de reparar un daño por acción o "descuido", lo que se entiende como negligencia. En el *common law*, como ya lo vimos, en la responsabilidad extracontractual tenemos cuatro elementos (obligación, quebrantamiento de la obligación, causa eficiente, y daños), mientras que en el *civil law*, la culpa es una fusión de los dos primeros elementos del *common law*, o sea del deber y su incumplimiento.

Ahora bien, con respecto al deber de ejecutar los contratos de buena fe, tenemos que el numeral 1134 del Código de Napoleón (antes de su reforma en el 2016) decía: "Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para las partes contratantes. Deben ser ejecutados de buena fe", y que en esencia se conservó en el numeral

519 Código Civil Francés (CCF), 2016.

520 Este es el texto de la responsabilidad extracontractual a partir de la Reforma del 2016, puesto que antes el CC de 1804 de Napoleón tenía los artículos 1382 y 1383.

1103 del actual Código Civil Francés[521] (después de la reforma del 2016): "Los contratos deben ser cumplidos de buena fe por las partes."

Es necesario aclarar que -como lo venimos viendo con respecto a la versión anterior a la reforma del 2016 del CC de Napoleón- en numeral 1134, tercer párrafo (los acuerdos deben ser ejecutados de buena fe) y el numeral 1116[522] que prescribe el fraude.[523]

No existe, legislativamente hablando, un numeral del CCF referido a la responsabilidad precontractual.[524] Sin embargo, Saleilles (1895) se refirió al deber de actuar de buena fe en la etapa de las negociaciones. La teoría de Saleilles sobre la *culpa in contrahendo* se basa en la idea de que las partes involucradas en una negociación o contrato tienen la responsabilidad de actuar de buena fe y con honestidad. Según Saleilles (1895), existe una obligación implícita en las partes para llevar a cabo negociaciones leales y sin engaño, y el incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidad contractual.[525]

---

521 Código Civil Francés (CCF), 2016.

522 Por su parte Chaussade Klein (1992) piensa que un contrato puede ser anulado en casos de engaño o donde una parte ha sido engañada sobre un punto esencial del contrato (pp. 82-84).

523 Cfr. Dobrilá, M. (2015, p. 5).

524 Mussy (1999) cree que los tribunales franceses están cada vez más dispuestos a intervenir en relaciones privadas en nombre de la justicia contractual, y que el concepto de buena fe se está volviendo cada vez más importante en el derecho francés. Además, analiza la importancia del deber de informar y las consecuencias de la reticencia, ambos relacionados con la buena fe (pp. 208-211).

525 En resumen, la teoría de la *culpa in contrahendo* de Saleilles (1895) establece que hay un deber de buena fe en la fase precontractual, que se extiende desde el inicio de las negociaciones hasta la conclusión del contrato. Este deber de buena fe implica que las partes deben actuar con honestidad y transparencia en sus negociaciones, y deben abstenerse de cualquier conducta que pueda engañar o perjudicar a la otra parte. Si una parte incumple este deber, puede ser responsable de daños y perjuicios.

Por otro lado, las Cortes han tratado de preservar el derecho de las partes a contratar libremente y evitar empañar el derecho a una negociación libre para preservar la seguridad jurídica. Por su parte, Kottenhagen (2006) propuso un sistema tentativo de responsabilidad precontractual a partir de su análisis de la casuística francesa, esbozando los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad precontractual:

1. Que las negociaciones estén avanzadas.
2. Que el trabajo ya haya comenzado (se refiere a que la parte perjudicada realice un gasto en confianza de las promesas de la otra parte).
3. Que exista un retiro brusco del proceso de negociaciones. (pp. 79-81).

Como podemos observar de esta caracterología de la RINP en el derecho francés, podemos hacer dos observaciones. La primera, es que esta caracterología no propone de una obligación de negociar de buena fe, pero sí exige que las negociaciones estén en una etapa avanzada. La definición del término "negociación avanzada" tampoco fue definida y queda como un concepto por definir.

La otra observación que podemos hacer es que se emplea el término "brusquedad en el retiro" de las negociaciones, lo cual no significa necesariamente "retiro injustificado" de la RINP.

Seguidamente, Deshayes y Maitre (2009) aclaran el panorama en el espectro francés para explicar el tipo de norma de comportamiento que -a partir de su incumplimiento- acarrea responsabilidad:

> Primero, es incorrecto participar o mantener negociaciones sin una verdadera intención de concluir el contrato. En segundo lugar, la culpa puede surgir durante las negociaciones porque una de las partes se comportó de manera incorrecta hacia la otra parte, por ejemplo,

> proporcionando información confidencial obtenida durante las negociaciones a un tercero. Por último, la culpa puede consistir en una ruptura repentina de las negociaciones cuando la otra parte tenía buenas razones para pensar que se iba a concluir el contrato. Este tipo de culpa depende de las circunstancias de la ruptura de las negociaciones. (p. 29).

Ahora bien, la parte infractora podría escapar de su responsabilidad -en el sistema francés- si propone una "razón legítima" para quebrar las negociaciones con la otra parte, pero las Cortes no tienen claro los límites de estas razones legítimas:

> El autor de una ruptura injustificada de las negociaciones puede escapar de la responsabilidad al dar una "razón legítima" por no haber concluido el contrato. La jurisprudencia no es muy clara sobre este último punto. La demanda judicial de una "razón legítima" varía según los tribunales y los casos. La *Cour de cassation* parece pedir tal razón en sus decisiones más recientes: la ausencia de razón juega un papel importante en la determinación de la responsabilidad del demandado. Si se da una razón, el juez tendrá que determinar si justifica la ruptura de las negociaciones. (Deshayes y Maitre, 2009, p. 29).

En cuanto a los tipos de daños identificados por el sistema jurisprudencial francés, tenemos cuatro tipos: 1). primer lugar, se encuentran todos los gastos de negociación asumidos por la otra parte. 2) la pérdida de oportunidad, que cubría, hasta hace poco, tanto la pérdida de la posibilidad de concluir y beneficiarse del contrato negociado como la pérdida de la posibilidad de concluir un contrato de reemplazo con otra parte durante las negociaciones. 3) la víctima del incumplimiento puede obtener una compensación basada

en lo que la ley francesa llama "daño moral", como el daño causado a la reputación de la víctima. 4). En cuarto lugar, una categoría residual incluye varios tipos de daño, como el daño causado en la competencia o al divulgar información confidencial obtenida durante las negociaciones (Deshayes y Maitre, 2009, pp. 29-30).

Con respecto al punto dos del párrafo precedente, es necesario aclarar que esta pérdida de oportunidad no se equipara con el lucro cesante que viene derivado de la responsabilidad contractual y reservado al sistema contractual, o sea los daños expectaticios digamos de otra manera. Es decir, bajo la ley francesa, el perjuicio resultante de la violación precontractual le da derecho a la parte perjudicada a una indemnización, pero no a la conclusión del contrato previsto (ya que este último remedio está reservado para la responsabilidad contractual).[526]

En todo caso, y al igual que en todo sistema legal, el objetivo de la responsabilidad (sea de los *torts* o extracontractual, o contractual) es la de restaurar el equilibrio destruido por el daño, y poner a la víctima en la situación en la que estaría de no haberse producido el daño.

Sin embargo, el tema de la "pérdida de oportunidad" no es un tema totalmente zanjado en Francia. Deshayes y Maitre (2009) revelan que la jurisprudencia francesa todavía sigue debatiendo este tema y no ha quedado resuelto:

En una importante y ampliamente comentada decisión, la *Cour de cassation* decidió que "las circunstancias que crean una falta en el ejercicio de la libertad de romper las negociaciones no causan el perjuicio consistente en la pérdida de una oportunidad de beneficiarse

526 En el sistema francés no existe el sistema de daños punitivos o la mitigación de pérdidas (Deshayes y Maitre (2009, p. 31).

del contrato negociado": Com 26 Nov. 2003, RTDCiv 2004, 80 (J. Mestre y B. Fages); JCP E 2004, 738 (Ph. Stoffel-Munck); JCP 2004, I, 163 (G. Viney). Después de esta decisión, los escritores académicos pensaron que la pérdida de la oportunidad de concluir el contrato negociado ya no era compensable según la ley francesa. Al principio, esta predicción parecía ser contradicha por decisiones más recientes, no publicadas por la *Cour de cassation*: véase Com 14 Dec. 2004, no. 02-10157 y Civ 3, 30 Mar. 2005, no. 04-10662. Pero desde entonces ha sido firmemente confirmado por otra decisión ampliamente comentada que citó casi literalmente la frase utilizada en el caso de 2003: Civ 3, 28 June 2006, RTDCiv 2006, 754 (J. Mestre y B. Fages); JCP G 2006, II, 10130 y JCP E 2006, 1524 (O. Deshayes). Presentando este caso en su informe anual para 2006, la *Cour de cassation* observa que la solución es una consecuencia del derecho de los negociadores a romper las negociaciones libremente. Debido a que la culpa radica en las circunstancias de la ruptura y no en la ruptura en sí misma, nunca puede causar la pérdida de una oportunidad de beneficiarse del contrato. (p. 29-30).

Con ello podemos observar que el sistema de responsabilidad precontractual francés no es un sistema orgánico, uniforme y eficiente. Todavía sigue en debate ciertos elementos de la responsabilidad precontractual cual es el de determinar si la pérdida de oportunidad viene incluida o no dentro del sistema indemnizatorio de dicha responsabilidad. Y no solamente eso, sino que en Francia no existe un sistema de responsabilidad precontractual sui generis, propio e independiente del sistema de los *torts* o de la responsabilidad extracontractual, sino que está sumergida dentro de la naturaleza extracontractual, donde la indemnización a la parte agraviada deviene como fruto de una violación a un deber impuesto por la ley (orden público) cual es el de no causar daño a terceros (non ladere).

No nos parece que el sistema precontractual francés sea un sistema eficiente.

De otra parte, el sistema francés no tiene la figura de la mitigación del daño, es decir que la parte responsable del daño no puede alegar que la parte agraviada es parcialmente culpable por no tratar de mitigar o aminorar el daño. Ello tampoco no es tan justo desde el punto de vista global si tenemos en cuenta a ambas partes.

J. Grecia

Brevemente veremos cómo la responsabilidad precontractual se ha manifestado legislativamente en otras latitudes. Tenemos por ejemplo el caso de Grecia que en el artículo 197 de su Código Civil, establece:[527] "En el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato, las partes estarán recíprocamente obligadas a adoptar la conducta que dicte la buena fe y los usos comerciales."

En este sentido, para Pouliadis (1982), el que una parte otorgue información falsa a la otra durante la etapa precontractual, violando el numeral 197 antedicho, equivale a la CIC o sea a un *misrepresentation*, (p. 166), y se refiere a situaciones donde un socio negociador resulta engañado (pp. 196-197).

Mientras que la sección 198 del Código Civil Griego establece que:[528] "Una persona que en el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato haya causado un daño a la otra parte por su propia culpa, será responsable de la indemnización incluso si el contrato no se ha celebrado."

Entonces, con estos antecedentes legislativos podemos afirmar que la CIC en la figura de la RINP es aceptada legislativamente en

527 Código Civil Griego (CCG), §§197. promulgado el 11 de junio 1975. (Grecia).
528 CCG, §§198.

Grecia, con un lenguaje que imita al Código italiano en su numeral 1337, poniendo énfasis en la obligación de negociar de buena fe.

K. Inglaterra

En Inglaterra, como estudiaremos en el capítulo IV, existe el *estoppel* promisorio para como una defensa que usa la parte demandada para impedir que el demandante cambie de parecer con respecto a hechos pasados. El *estoppel* propietario existe para evitar injusticias referidas a representaciones hachas sobre un interés real (interés en una propiedad real).

También Inglaterra tiene la figura del fraude o del engaño, dentro de la responsabilidad extracontractual. No tiene una obligación de negociar de buena fe, puesto que se percibe el interés propio como la piedra angular de la contratación.

En los capítulos anteriores vimos cómo la figura del *estoppel* había evolucionado. Vimos que, en efecto, el *estoppel* en el mundo del *common law* inglés representó una defensa o un escudo, mas no una causa para accionar, o sea, no funcionó como espada. El *estoppel*, como lo vimos anteriormente, tiene mucha vinculación con la figura de los Actos Propios, que viene desde Roma "*venire contra factum propium non valet*" y significa básicamente una prohibición de retractarse de la palabra empeñada, básicamente se refiere a los casos de *misrepresentations* o casos donde uno una falsedad, y básicamente para casos del pasado. Esta es la gran diferencia con el PE del *common law* americano, donde, como vimos también, el PE se usa como escudo (defensa) y también como espada (como acción), y se refiere a casos donde una promesa que genera confianza en otra parte, genera responsabilidad por los intereses negativos que la parte promisoria incurre en atención a los gastos realizados en confianza de dicha representación, independientemente de la buena o mala fe del promitente.

En cuanto al principio de la buena fe, frecuentemente la doctrina estudia la filosofía de CICerón porque él explicaba que la buena fe excluía la posibilidad de un vendedor de esconder hechos que afecten el valor comercial de una mercancía, aun cuando el vendedor no haya realizado una *misrepresentation* (descripción engañosa, tergiversación, falsificación) afirmativa.[529]

También vimos cómo en el derecho alemán la doctrina de la CIC nace con la autoría de Ihering para encontrar un culpable de la invalidez de un contrato que, siendo válido, tenía alguna causal de nulidad por la violación de un deber de información o de cuidado. Pues bien, en el derecho inglés, la aparición de la buena fe se oficializa en el caso *Carter v. Boehm*, 1766. 3 Burr 1905, 97 ER 1162, que es un caso del derecho de seguros. A grandes rasgos el caso se trata sobre el gobernador de una isla en Sumatra que quiso asegurar por el período de un año (1759-1760) una fortificación frente a daños, no solamente de los nativos, sino de una ocupación extranjera europea. En efecto la compañía aseguradora no quiso pagar la indemnización del seguro después de que la flota francesa destruyera la fortificación.

En el estudio realizado por Stephen Watterson[530] podemos observar cómo razona Lord Mansfield frente a cada uno de los argumentos esgrimidos por la compañía aseguradora para evitar responsabilidad en el pago de la indemnización. Primero analiza los extremos de la póliza, cual es el riesgo de perder el Fuerte Marlborough a causa de una invasión europea durante un año (1759-1760) en cuyo caso la indemnización sería de 10 mil libras esterlinas. El principio gobernante de la buena fe entra en un dilema entre la obligación del asegurado de exponer todas las circunstancias habidas y sabidas con respecto al bien asegurado vs. la negligencia de la aseguradora de no

529 Cfr. Palmieri (1993, p. 82).

530 Watterson (2008, pp. 59-118).

realizar su trabajo investigativo suficiente para escudriñar todas las circunstancias que envuelven el bien asegurado.

La compañía aseguradora discurre el grueso de sus argumentos echando la culpa al asegurado de no haberle proporcionado la suficiente información, de no haber expuesto de buena todos los datos que tenían a su disposición. Se habla en este caso extensamente sobre la obligación del asegurado de exponer toda la información disponible; sin embargo, Lord Mansfield razona que el asegurado no tenía la obligación de exponer dicha información (cuando hablamos de información nos estamos refiriendo a las noticias de una posible invasión francesa al puerto y la posible destrucción de la fortificación), porque Mansfield consideraba que la obligación de fidelidad del demandante era para con su superior, y de exigírsele exponer dicha información significaría una violación de los principios de lealtad para con su superior. Por otra parte, Mansfield piensa que dicha "información" no llegó al nivel de conocimiento relevante porque eran "sospechas" que tenía el demandante, las mismas que eran de dominio público y que en realidad la obligación de la compañía demandada era la de inquirir y equiparse de todas las herramientas para poder extender el seguro.

Se trata de un caso pro-asegurado, no queda duda, lo que se discute es la extensión del principio de buena fe y los alcances de ésta.

L. Irlanda

Irlanda, como parte del sistema del *common law* inglés, o por su influencia, no tiene un sistema legislativo que acepte el CIC- RINP. Sin embargo, este país dispone de una ley de daños de 1961 donde se ven los temas de fraude o engaño, en caso de existir mala fe en una de las partes.[531]

531 Ley de Responsabilidad Civil de Irlanda (LRC). Nro. 41 de 1961. (Irlanda).

Este país tiene a su disposición el sistema de *torts* del *common law*, por medio del cual podría recurrir al fraude o engaño en caso de demostrarse la mala fe de la parte responsable, pero no hay un requerimiento de negociar de buena fe en la etapa precontractual.

La acción por "engaño" o "fraude", nos dice requiere algunos elementos como la falsa representación de hechos, hecho fraudulentamente por el demandado con la intención de induce en el demandante una confianza en tal representación, y el demandante tuvo que haber confiado en tal representación y haber sufrido un daño en consecuencia. Por su parte, Friel (2009) expone:

> En la legislación irlandesa, cuando las partes no han celebrado un contrato, su relación se rige por la ley de responsabilidad extracontractual, restitución o cuasi-contrato. La responsabilidad extracontractual se circunscribe a las acciones por dolo o falsedad negligente. La responsabilidad por restitución o cuasi contrato surge cuando el demandante ha incurrido en gastos con la creencia de que había o habría ser, un contrato con el demandado. La ley del cuasi contrato es relativamente complejo. La función principal es permitir la recuperación en *mérito cuántico*. (p. 125).

M. Noruega

No existe una norma específica, al estilo italiano, donde se recepte el concepto de CIC en el sistema noruego. Sin embargo, jurisprudencialmente, parece ser que la "mala fe" intenta ser el fundamento jurídico bajo el cual el juez en su sentencia, relata Kina Hansen (1998, p. 761) basa su argumento para indemnizar a la parte demandante.

Comentando sobre este caso, Lasse Simonsen (2009) explica:

> El juez presidente resumió los desarrollos legales en Noruega hasta la actualidad de esta manera: No está claro bajo qué regulación legal debe juzgarse esta situación determinada en la ley noruega. En cuanto a las condiciones que rigen el derecho a daños y perjuicios en casos de interés de confianza, hay poco material al que referirse en casos anteriores, y sin doctrina jurídica claramente definida. Sin embargo, culpable debería haberse mostrado un comportamiento durante las negociaciones del contrato, como actuando de mala fe, o de manera deshonesta o engañosa. En una recientemente tesis publicada, razones irrazonables o irrelevantes para romper las negociaciones se discuten como posibles motivos de responsabilidad. (p. 76).

Como podemos apreciar, tanto en Noruega como en la mayoría de los países, el sistema de la CIC-RINP es un sistema difuso, confuso, poco elaborado y muy propenso a conectarse al sistema de responsabilidad extracontractual (aquiliana o de torts). Con ello vemos que la CIC no es una figura eficaz o eficiente, tanto doctrinaria como legislativamente hablando.

N. Países Bajos (Holanda)

Legislativamente hablando, el Código Civil de los Países Bajos (Netherlands),[532] menciona en el numeral 3:12:

> Artículo 3:12. La persona que celebra un contrato debe comportarse como un buen comerciante.

En cuanto a este numeral y su relación con el principio de la buena fe, Dobrila (2015) cree que este artículo es "relativo al principio

532 Código Civil de Países Bajos (CCPB), 1ro de enero de 1992. (Países Bajos).

de la razonabilidad y la equidad, establece que para determinar la razonabilidad y la equidad se debe tener en cuenta los principios jurídicos generalmente aceptados, los conceptos fundamentales de la ley en los Países Bajos y los intereses sociales y personales relevantes que están involucrados en la situación dada" (p. 4).

En la jurisprudencia holandesa, se ha destacado tres etapas en el proceso negociador, tal cual lo expone García y Otero (2010):

> En la primera fase, los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente, en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrara, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato. (p. 38).

Por su parte, en los Países Bajos si bien es cierto no existe una tipificación legislativa de la responsabilidad precontractual en los códigos civiles, los tribunales usan el principio de la RINP para brindar daños de acuerdo a cuán avanzadas estén las negociaciones, de modo que pudiera resarcirse el interés negativo o de confianza en tanto las negociaciones estén en ciernes, pero si la ruptura se

produce contemporáneamente a la conclusión del contrato entonces el interés positivo o de cumplimiento pudiera ser materia resarcitoria. (Tomas Martínez, 2010, p. 192).

Entonces, en el derecho holandés no existe una obligación de negociar de buena fe en el Código Civil de 1992; sin embargo, existe un caso que puede explicar la filosofía de la RINP.

El caso es *Plas v. Valburg*, HR June 18, 1982, NJ 1983, es un caso emblemático porque la empresa Plas entra en negociaciones con la municipalidad del pueblo de Valburg para la construcción de una piscina. Mientras que al principio el alcalde estuvo de acuerdo con los planes y generó la confianza de la empresa, aún quedaba por definir la aprobación del Consejo en conjunto. Lo interesante de este caso es que la Corte habla de tres etapas en el proceso de negociación, tal vez en respuesta a la pregunta sobre el caso comentado en el derecho francés anterior.

Tales etapas van desde una negociación en una etapa inicial (donde las partes pueden quebrar las negociaciones sin incurrir en responsabilidad), pasando por una etapa o intermedia (donde la parte promitente tiene la obligación de compensar los gastos incurridos por la parte promisoria), y una tercera etapa (en el cual la parte que se sustrae de las negociaciones puede cubrir el lucro cesante, o sea el interés positivo, y se estima que lo hace en quebrantamiento de buena fe) (Kottenhagen, 2006, p. 83-84).

Una observación en el sistema holandés, que en realidad es una buena idea, es que ante una demanda planteada por RINP, las cortes invitan a mediar o conciliar, por cuanto el "strict performance", o sea la actuación estricta, resulta improbable, toda vez que las partes ya rompieron las negociaciones (Kottenhagen, 2006, p. 83-84).

O. Portugal

Por su parte, el Código Civil Portugués en su artículo 227 especifica bajo el concepto de culpa en la formación de los contratos:[533] "1. Quien negocia con otro para la celebración de un contrato debe, tanto en los preliminares como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de ser responsable de los daños que culpablemente cause a la otra parte. 2. La responsabilidad prescribe en los términos del artículo 498."

Ahora bien, la naturaleza jurídica de este numeral, es decir, si esta figura de responsabilidad precontractual es subsumida en el sistema contractual o extracontractual, la doctrina portuguesa ha creado una tercera versión que abraza a ambos sistemas de manera paralela. Así, Moura Vicente (2009) señala:

> Siendo así, las normas materiales que disciplinan la responsabilidad precontractual en los diferentes ordenamientos jurídicos locales son en unos casos calificables en las reglas de conflictos sobre las obligaciones contractuales y en otros en las que disciplinan la responsabilidad extracontractual.
>
> Significa esto que no existe en el Derecho Internacional Privado vigente en Portugal un estatuto unitario de la responsabilidad precontractual. La ley aplicable a la responsabilidad precontractual tanto puede ser la que es designada por las reglas de conflictos atinentes a la responsabilidad contractual como la indicada por las reglas de conflictos que disciplinan la responsabilidad extracontractual. Todo depende, por un lado, del contenido y de las funciones desempeñadas por las normas materiales

533 Código Civil portugués (CCP), §227, promulgado el 1ro de junio de 1967, con enmiendas del año 1962 (Portugal).

> que regulan la responsabilidad precontractual en los ordenamientos jurídicos conexos con la situación de la vida a regular, y, por otro, de la susceptibilidad de sumisión, en el caso concreto, de esas normas a las reglas de conflictos que, en el Estado del foro, regulan tales materias. (p. 253).

Ahora bien, Moura Vicente (2009) también explica el sistema por el cual la responsabilidad precontractual es algunas veces contractual y otras extracontractual o aquiliana:

> En conformidad, si los daños *in contrahendo* resultan de la violación de *deberes específicos de conducta*, que vinculan las partes en la negociación y conclusión de contratos, los cuales integran una relación jurídica obligatoria análoga a la relación contractual (como sucede en Portugal, en Italia y en Alemania), las normas de la hipotética *lex causae* que prevean esos deberes y la obligación de indemnizar los daños consecuencia de su violación se califican en las reglas de conflictos que disciplinan las *obligaciones contractuales*.
>
> Si, al revés, los deberes jurídicos violados en los preliminares y en la formación de los contratos son *deberes generales*, que vinculan a cualquier persona (como es el caso, por ejemplo, de las normas alemanas que sancionan la *culpa in contrahendo* consistente en la violación de deberes de protección y de cuidado en esa fase del íter contractual y de las normas inglesas sobre la *fraudulent y la negligent misrepresentation*), las normas que los consagran deben ser calificadas bajo las reglas de conflictos reguladoras de la responsabilidad extracontractual –*máxime* el art. 45 del Código Civil, que en principio somete la responsabilidad fundada en acto ilícito, en el riesgo o en cualquier conducta

> lícita a la ley del Estado donde ocurrió la principal actividad causadora del perjuicio. (p. 253).

P. Rumania

En el anterior CC de Rumania de 1864, el principio de la buena fe no fue regulado como una regla general; sin embargo, la buena fe está expresamente regulado en el Nuevo CC de Rumania,[534] artículo 14, párrafo 1, que señala:

> Artículo 14: Las normas jurídicas civiles deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los principios de buena fe, equidad y justicia social.

Asimismo, este artículo debe interpretarse a la luz del numeral 11 del CCRum que estipula que nadie puede derogar leyes de orden público o buenas morales por acuerdo o actos unilaterales.[535]

Ahora bien, el numeral 1170 del CCRum estipula que la buena fe comprende la etapa contractual y la precontractual: "Las partes en un contrato deben actuar de buena fe en su negociación, celebración y ejecución." Asimismo, el numeral 1183 del CCRU manifiesta que "Las partes que participan en negociaciones deben actuar de buena fe."

Con respecto a estos artículos y su desenvolvimiento e interacción en la etapa precontractual, Dobrila (2015) piensa que la trascendencia de la buena fe es ambigua:

> El concepto de buena fe en las negociaciones es bastante confuso, también la forma en que se aplica efectivamente es

534 Código Civil de Rumania (CCRum), 1 de octubre de 2011. (Rumania).

535 Cfr. Dobrilá, M. (2015). Unification Of Criteria for The Assessment of Good Faith in Negotiating Contracts: From National to International Through the Intercession of The European Experience. AGORA *International Journal of Juridical Sciences*, No. 2, 1-10, p. 1.

> bastante incierta y sin una forma real. Se afirma que aquellos involucrados en las negociaciones pueden ser sancionados por ciertos comportamientos de mala fe utilizados en las negociaciones (por ejemplo, el uso de negociaciones para producir un retraso o descubrir alguna información secreta en otro contexto), siendo todavía bastante difícil delinear lo que se acepta en relación con un estándar particular con respecto a la verdad. (p. 3).

De otra parte, en el tema referido a la naturaleza jurídica de esta responsabilidad basada en el quebrantamiento de la buena fe en la etapa prenegocial, Dobrila (2015) comenta que la responsabilidad descansa en la responsabilidad extracontractual (p. 6).

Q. Suecia

Este país, al igual que sus vecinos, no tiene un sistema independiente de responsabilidad precontractual, sino que el sistema indemnizatorio pasa por el de la responsabilidad extracontractual aquiliana. Ramberg and Herre (2009) concluyen en su análisis de casos suecos que: "uno puede hacerse responsable de los daños y perjuicios cuando engañar a otra parte con culpa (es decir, ya sea intencionalmente o descuidadamente" (p. 56).

R. Suiza

En el Código Civil Suizo,[536] encontramos el numeral 2 que es pertinente al tema en cuestión:

> Artículo 2:
>
> 1.- Todo el mundo tiene en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de su obligación de actuar de buena fe.

536 Código Civil Suizo (AGB), artículo 2. Adoptado el 10 de diciembre de 1907, en efecto desde el 1ro de enero de 1912. (Suiza).

2.- El aparente abuso de derecho no está protegido por la ley.

Por su parte, Loser (2009, p. 56) refiere que el Código Civil Suizo de Obligaciones de 1881 y el nuevo Código Civil Suizo (AGB) de 1912[537] así como el Código de Obligaciones de 1912 (OR)[538] tenían algunas normas que recogían la doctrina de Ihering, sobre todo referido a la responsabilidad de una parte actuando en error (OR 26), o por coerción o engaño (OR § 28, 29, con OR 31.III), o responsabilidad de un agente no autorizado (OR 39), o responsabilidad de un menor que alega ser capaz de concluir contratos (ZGB 411.II); sin embargo, no se recepta la CIC en la figura del RINP, como lo venimos analizando en cada país.

Por su parte, Lauer (1983) menciona que el Tribunal Federal Suizo ha dictaminado que una relación precontractual impone deberes de diligencia a las partes, incluido el deber de informar a la otra parte de hechos que podrían influir en su decisión de celebrar un contrato (p. 14). Asimismo, este autor cree que la "base dogmática" del deber de informar es el artículo 2, párrafo 1 del Código Civil suizo, que exige que todos actúen de buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes. Lauer (1983) sostiene que este artículo es aplicable también a la etapa precontractual. (pp. 24-25)

Loser (2009), además, expone que el sistema de la CIC, a su modo de ver, no es extracontractual ni contractual, sino que tiene una naturaleza sui generis (p. 57). Esta aseveración, en realidad, es más que un buen deseo que una realidad palmaria, puesto que los proyectos de reforma del Código Civil Suizo, postulan incluir el sistema de Responsabilidad Precontractual de la CIC dentro de los

537 Código Civil Suizo (AGB). Adoptado el 10 de diciembre de 1907, en efecto desde el 1ro de enero de 1912. (Suiza).

538 Código Suizo de Obligaciones. (OR). 1912. (Suiza).

parámetros de la responsabilidad extracontractual o de los torts. "En particular (expone Loser, 2010), este último tipo de responsabilidad basada en la confianza (*culpa in contrahendo* o responsabilidad de 'terceras personas') ha dado lugar a críticas contra el nuevo concepto. Los críticos se oponen menos a la responsabilidad misma que a los fundamentos teóricos de la responsabilidad. Se argumenta que la responsabilidad (especialmente de 'terceras personas') debe basarse en el *tort* en lugar de que en un nuevo concepto entre responsabilidad extracontractual y contractual" (p. 59).

De esta manera, el autor Loser (2010) lo sentencia: "Cabe señalar que se ha llevado a cabo una reforma de la ley suiza de responsabilidad. Según el proyecto de reforma *culpa in contrahendo* y cualquier otra forma de responsabilidad basada en la confianza se integraría en la ley de daños" (p. 85).

Con esta sentencia concluimos que el sistema de responsabilidad precontractual, en la figura del RINP, esta entroncada y conectada con los *torts*, es decir, con el sistema de responsabilidad extracontractual, y pese a los buenos deseos de algunos autores, no es un sistema de responsabilidad sui generis, teóricamente hablando, puesto que se presta sus fundamentos teóricos de los postulados del sistema aquiliano o de los *torts* (responsabilidad extracontractual). Con ello, resulta que el sistema de la CIC no es un sistema muy eficiente desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

3.2. Breve aproximación a la regulación de la CIC en América Latina, Eurasia y Asia

3.2.1. Euroasia

A. Federación Rusa

Con respecto a la responsabilidad precontractual en la Federación Rusa cabe mencionar dos artículos de su Código Civil que es menester estudiar. Tenemos el artículo 434.1 y el artículo 431.2

del Código de la Federación Rusa (en adelante "CCFR") que a la letra dicen:

> Artículo 434.1:[539]
>
> 1. A menos que la ley o el contrato dispongan lo contrario, los ciudadanos y las entidades jurídicas son libres de negociar un contrato, asumir independientemente los costes asociados con su conducta y no son responsables del hecho de que no se haya llegado a un acuerdo.
>
> 2. Al entablar negociaciones sobre la celebración de un contrato, durante su desarrollo y después de su celebración, las partes están obligadas a actuar de buena fe, en particular, a no permitir la entrada en negociaciones sobre la celebración del contrato o su continuación en ausencia consciente de la intención de llegar a un acuerdo con la otra parte. Se asumen acciones inescrupulosas durante las negociaciones:
>
> 1) proporcionar a la parte información incompleta o inexacta, incluido el silencio sobre las circunstancias que, debido a la naturaleza del contrato, deben ponerse en conocimiento de la otra parte;
>
> 2) la terminación abrupta e injustificable de las negociaciones contractuales en circunstancias en las que la otra parte en las negociaciones no podría haberlo esperado razonablemente.
>
> 3. La parte que lleve a cabo o interrumpa las negociaciones sobre la celebración de un contrato de mala fe estará obligada a indemnizar a la otra parte por las pérdidas causadas por ello. Las pérdidas que debe compensar una

539 Código Civil de la Federación Rusa (CCFR), Artículo 434.1, N 51-FZ, 1993 (Federación Rusa).

parte sin escrúpulos son gastos incurridos por la otra parte en relación con la negociación del contrato, así como en relación con la pérdida de la oportunidad de concluir un acuerdo con un tercero.

4. Si, en el curso de la negociación de un contrato, una parte recibe información que le es transmitida por la otra parte como confidencial, está obligada a no divulgar esta información y a no utilizarla indebidamente para sus propios fines, independientemente de si el contrato se celebra o no. En caso de violación de esta obligación, debe compensar a la otra parte por las pérdidas causadas como resultado de la divulgación de información confidencial o su uso para sus propios fines.

5. Las partes podrán celebrar un acuerdo sobre el procedimiento para llevar a cabo las negociaciones. Dicho acuerdo podrá especificar los requisitos para las negociaciones de buena fe, establecer el procedimiento para prorratear los costes de las negociaciones y otros derechos y obligaciones similares. Un acuerdo sobre las modalidades de negociación puede establecer una sanción por violación de las disposiciones previstas en el mismo. Los términos del acuerdo sobre el procedimiento para llevar a cabo las negociaciones, limitando la responsabilidad por acciones desleales de las partes en el acuerdo, son nulos y sin efecto.

6. Las disposiciones previstas en los párrafos 3 y 4 del presente artículo sobre la obligación de una parte de indemnizar las pérdidas causadas a la otra parte no se aplicarán a los ciudadanos reconocidos como consumidores de conformidad con la legislación sobre protección del consumidor.

> 7. Las normas del presente artículo se aplicarán independientemente de que las partes hayan celebrado un contrato como resultado de negociaciones.
>
> 8. Las normas del presente artículo no excluirán la aplicación de las normas del capítulo 59 del presente Código a las relaciones derivadas del establecimiento de obligaciones contractuales.
>
> Artículo 431.2 del CCFR: Representaciones de circunstancias
> 1. Una parte que, en el momento de la celebración del contrato o antes o después de su celebración, haya dado a la otra parte falsas seguridades sobre las circunstancias pertinentes para la celebración del contrato, su ejecución o rescisión (incluidas las relacionadas con el objeto del contrato, la autoridad para celebrarlo, la conformidad del contrato con la ley aplicable, la disponibilidad de las licencias y permisos necesarios, su situación financiera o la relación con un tercero), está obligado a indemnizar a la otra parte, a petición suya, por las pérdidas causadas por la falta de fiabilidad de tales garantías, o a pagar la penalización prevista en el contrato.

Con respecto a la diferencia entre estos dos artículos, Demkina (2020) distingue entre el artículo 431.2 y el artículo 434.1, señalando que este último no requiere la celebración de un contrato para que surja la responsabilidad (p. 175).

Asimismo, existen otros artículos aledaños a estos dos vectores del CCFR. A saber, el artículo 307 se refiere al deber de ejecutar los contratos de buena fe, señalando:

> Artículo 307: El concepto de obligación

> 1. En virtud de una obligación, una persona (deudor) está obligada a realizar una determinada acción a favor de otra persona (acreedor), tales como: transferir bienes, realizar un trabajo, prestar un servicio, contribuir a actividades conjuntas, pagar dinero, etc., o abstenerse de una determinada acción, y el acreedor tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento de su obligación.
>
> 2. Las obligaciones nacen de contratos y otras transacciones, como resultado de causar daños, como resultado de enriquecimiento sin causa, así como de otros motivos especificados en este Código.
>
> 3. Al establecer, cumplir una obligación y después de su terminación, las partes están obligadas a actuar de buena fe, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de la otra, proporcionándose mutuamente la asistencia necesaria para lograr el propósito de la obligación, así como proporcionándose mutuamente la información necesaria.[540]

Ahora bien, si una parte ha actuado de mala fe, no podrá solicitar la resolución del contrato. Así lo expone el artículo 166 del CCFR:

> Artículo 166: Transacciones anulables y nulas: 5. La declaración de nulidad de una operación carecerá de efecto jurídico si la persona que invoca la nulidad de la operación actúa de mala fe, en particular si su comportamiento tras la conclusión de la operación dio lugar a que otras personas invoquen la validez de la operación.

540 Similarmente, en el contexto de los Países Bajos, Kottenhagen (2006) menciona el concepto de "tener en cuenta los derechos e intereses de cada uno" durante las negociaciones precontractuales (pp. 75-76).

En cuanto al principio de buena fe (subjetivo), o sea la creencia de actuar de manera correcta y honesta, podemos encontrarla en el numeral 51 del CCFR:

> Artículo 51 Registro estatal de personas jurídicas
>
> 1. Una persona jurídica estará sujeta al registro estatal en el organismo estatal autorizado en la forma prescrita por la ley sobre el registro estatal de personas jurídicas.
>
> 2. Los datos del registro estatal se incluirán en el registro estatal unificado de personas jurídicas, abierto al público. Una persona que confía de buena fe en los datos del Registro Estatal Unificado de Entidades Jurídicas tiene derecho a partir del hecho de que corresponden a las circunstancias reales. Una entidad jurídica no tendrá derecho, en relación con una persona que se basó en los datos del registro estatal unificado de entidades jurídicas, a referirse a datos no incluidos en el registro especificado, así como a la inexactitud de los datos contenidos en él, excepto en los casos en que los datos relevantes se incluyan en el registro especificado como resultado de acciones ilegales de terceros o de otro modo contra la voluntad de la entidad legal. Una entidad legal está obligada a compensar las pérdidas causadas a otros participantes en el volumen de negocios civil como resultado de la no presentación, la presentación extemporánea o la presentación de datos falsos al respecto al registro estatal unificado de personas jurídicas.

Por otro lado, como excepción del principio de la libre contratación[541] existe una circunstancia muy atinente a la etapa

541 El principio de la libre contratación viene dispuesto por el numeral 421 del CCFR que dispone: Artículo 421 del Código Civil de la Federación de Rusia. Libertad

precontractual, donde el orden público interviene para determinar ciertas etapas precontractuales obligatorias conducentes a la celebración de un contrato, así tenemos el numeral 445 del CCFR[542] que señala:

> Artículo 445. La celebración del contrato es obligatoria
>
> 1. En los casos en que, de conformidad con este Código u otras leyes, la celebración del contrato sea obligatoria para la parte a la que se envía la oferta (proyecto de contrato), esta parte debe enviar a la otra parte un aviso de aceptación,

---

contractual

1. Los ciudadanos y las personas jurídicas tendrán libertad para celebrar un contrato. No se permitirá la coacción para celebrar un contrato, excepto en los casos en que la obligación de celebrar un contrato esté prevista en el presente Código, la ley o una obligación asumida voluntariamente.
2. Las partes podrán celebrar contratos, tanto previstos como no previstos por la ley u otros actos jurídicos. A falta de las características especificadas en el párrafo 3 del presente artículo, las normas sobre ciertos tipos de contratos previstas por la ley u otros actos jurídicos no se aplicarán a un contrato no previsto por la ley u otros actos jurídicos, lo que no excluye la posibilidad de aplicar las normas sobre la analogía jurídica (párrafo 1 del artículo 6) a determinadas relaciones de las partes en el contrato.
3. Las partes podrán celebrar un contrato que contenga elementos de diversos contratos previstos por la ley u otros actos jurídicos (contrato mixto). Las relaciones de las partes en virtud de un contrato mixto se aplicarán en las partes pertinentes de las normas contractuales cuyos elementos figuren en el contrato mixto, salvo que del acuerdo de las partes o del contenido del contrato mixto se desprenda otra cosa.
4. Los términos del contrato se determinarán a discreción de las partes, excepto en los casos en que el contenido de la condición pertinente esté prescrito por la ley u otros actos jurídicos (artículo 422). En los casos en que una condición del contrato esté prevista por una norma aplicable en la medida en que el acuerdo de las partes no establezca otra cosa (norma dispositiva), las partes podrán, mediante su acuerdo, excluir su aplicación o establecer una condición distinta de la prevista en él. En ausencia de tal acuerdo, el término del contrato está determinado por la regla dispositiva.
5. Si una cláusula del contrato no está determinada por las partes o por una norma dispositiva, las condiciones pertinentes se determinarán por los usos aplicables a las relaciones de las partes.

542 Código Civil de la Federación Rusa (CCFR), Artículo 445, N 51-FZ, 1993 (Federación Rusa).

rechazo de aceptación o aceptación de la oferta en otros términos (protocolo de desacuerdos con el proyecto de contrato) dentro de los treinta días posteriores a la fecha de recepción de la oferta. La parte que envió la oferta y recibió de la parte para la cual la celebración del contrato es obligatoria, un aviso de su aceptación en otros términos (protocolo de desacuerdos al proyecto de contrato), tiene derecho a remitir los desacuerdos que surgieron en la celebración del contrato al tribunal dentro de los treinta días posteriores a la fecha de recepción de dicha notificación o la expiración del período de aceptación.

2. En los casos en que, de conformidad con este Código u otras leyes, la celebración de un contrato sea obligatoria para la parte que envió la oferta (proyecto de contrato), y se le enviará un protocolo de desacuerdos con el proyecto de contrato dentro de los treinta días, esta parte está obligada a notificar a la otra parte dentro de los treinta días a partir de la fecha de recepción del protocolo de desacuerdos sobre la aceptación del contrato en su redacción o sobre el rechazo del protocolo de desacuerdos. Si se rechaza el protocolo de desacuerdos o no se recibe la notificación de los resultados de su consideración dentro del período especificado, la parte que envió el protocolo de desacuerdos tiene derecho a remitir los desacuerdos que surgieron al concluir el contrato al tribunal para su consideración.

3. Se aplicarán las normas sobre los plazos previstos en los apartados 1 y 2 del presente artículo, a menos que la ley, otros actos jurídicos o las partes acuerden otras condiciones.

4. Si una parte para la cual la celebración de un contrato es obligatoria de conformidad con este Código u otras

> leyes impide su celebración, la otra parte tendrá derecho a solicitar al tribunal que la obligue a celebrar un contrato. En este caso, el contrato se considera celebrado en los términos especificados en la decisión judicial, desde el momento en que la decisión judicial pertinente entra en vigor. Una parte que evite injustificadamente la celebración de un contrato debe compensar a la otra parte por las pérdidas causadas por esto.

Como vemos, al igual que el Digesto, el principio de buena fe recorre las arterias del derecho civil ruso. Demkina (2020) sostiene que el artículo 1080 del Código Civil ruso[543] puede ser aplicable en los casos en que se causen daños a la propiedad durante las negociaciones.

Asimismo, Demkina (2020) realiza un análisis de la CIC a partir de la interacción de la buena fe con su contraparte, el engaño y la mala fe. Esta equiparación conlleva a estudiar la mala fe en un espectro equiparable a la misrepresentación o falsedad. Así, menciona específicamente que proporcionar información incompleta o inexacta se considera mala fe (p. 88), analiza la importancia de proporcionar información precisa durante las negociaciones y las consecuencias de proporcionar información falsa o incompleta (pp. 100, 101), y finalmente cree que la "Institución de nulidad de transacciones" es

543 Artículo 1080 del Código Civil de la Federación de Rusia (versión actual). Responsabilidad por daños causados conjuntamente Las personas que hayan causado conjuntamente daños serán responsables solidariamente frente a la víctima. A petición de la víctima y en su interés, el tribunal tendrá derecho a imponer responsabilidad a las personas que hayan causado conjuntamente el daño, determinándolas en relación con las normas previstas en el párrafo 2 del artículo 1081 del presente Código. Una persona que tomó posesión ilegalmente de la propiedad de otra persona, que posteriormente fue dañada o perdida como resultado de las acciones de otra persona que actúa independientemente de la primera persona, es responsable del daño causado. Esta norma no exime al causante directo del daño de una indemnización por el daño.

conocido por el legislador ruso, y que esto incluye casos de "engaño", tal cual sucede con las tergiversaciones (p. 159).

Como vemos, la *culpa in contrahendo* y la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (*dolo in contrahendo* y ruptura *maliciosa* de negociaciones preliminares) queda notoriamente entroncada, con la misrepresentación del *common law*, tal cual lo estudiaremos en el capítulo IV.

B. Turquía

El numeral 1102 del Código Civil Turco (CCT) menciona: "La persona que, en el curso de las negociaciones para la celebración de un contrato, cause daños culposos a la otra parte está obligada a indemnizar a esa parte por el daño".

Por su parte, el Código de Obligaciones Turco (COT) estipula en los numerales 46 y 47 los siguiente con respecto al agente sin autorización.

> Artículo 46: Si una persona realiza una acción legal como representante sin estar autorizada, esta acción obliga a la persona representada solo si la aprueba.
>
> Artículo 47: En caso de que el representante no apruebe expresamente o implícitamente la transacción legal, el representante no autorizado puede ser requerido para compensar el daño que resulte de la invalidez de esta transacción. Sin embargo, si el representante no autorizado prueba que la otra parte sabía o debería haber sabido que no estaba autorizado en el momento de la transacción, no se le puede pedir que indemnice por el daño.

También se pueden solicitar otros derechos al representante no autorizado defectuoso si están justificados.

Se reservan los derechos derivados del enriquecimiento injusto.

Por su parte, Yelmen (2015) discute la teoría de la agencia sin autorización como una representación de la teoría de la *culpa in contrahendo*, pero sustentada en la teoría de la confianza (pp. 10-12). Asimismo, piensa que la responsabilidad *in contrahendo* surge a partir del fracaso del representante de cumplir sus funciones de informar y actuar de manera honesta y de buena fe. (pp. 10-11). Como vemos, al incorporar el elemento buena fe, de todas formas, la alusión a la culpa desaparece para dar paso a la probanza de la mala fe o dolo.

De otra parte, Yildirim (2002) analiza el concepto de "hile" ("engaño" o "fraude") y de "irade fesadı" (traducido como "vicio de voluntad" o "defecto de voluntad") que son conceptos relacionados; y estudia el concepto de "arglistige Taeuschung", que se traduce como "engaño malicioso" o "misrepresentación fraudulenta" (pp. 7-8). Piensa que el concepto de "hile" (engaño en la ley turca) está vinculado las falsedades o misrepresentaciones (pp. 7 y ss).

Por otro lado, Gurpinar (2006) asemeja la honestidad con la buena fe (p. 88), y menciona el concepto de "dürüstlük" (traducido como "honestidad" o "buena fe") (p. 120). Esta honestidad exige que las partes revelen información entre sí y que deben evitar dar información falsa. Esto sugiere que la buena fe es un aspecto importante de la *culpa in contrahendo*. (pp 163-165). De igual manera, este autor trata de ligar el concepto de "diligencia" con el de brindar información a la otra parte contratante.[544]

544 En cuanto a la importancia de la diligencia en el contexto de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, en concreto, Gurpinar (2006) cree que "la medida de la culpa es objetiva" y que quien proporciona la información está obligado a mostrar un alto nivel de diligencia si entiende que el destinatario utilizará la información para tomar decisiones importantes (pp. 112-113).

Ahora bien, Yildirim (2002) también menciona un concepto de "engaño negligente", que puede dar lugar a una reclamación de una indemnización o rescindir el contrato. (p. 146) En el capítulo IV de esta obra veremos cómo la *misrepresentación* puede tener dos naturalezas dependiendo del prisma con el que se le observe. Puede ser contractual,[545] cuando la falsedad se asienta sobre una base material (no necesariamente fraudulenta), que puede lugar a la rescisión del contrato, y otra esfera extracontractual (torts)[546] enancada en una falsedad fraudulenta y material, en cuyo caso la tergiversación daría lugar a una indemnización por daños.

Finalmente, Yildirim (2002), analizando la *culpa in contrahendo*, menciona "sözleşme yapmaya sevketmekten", que se traduce como "inducir a celebrar un contrato". Lo que implica que las tergiversaciones están vinculadas a la figura del *misrepresentation*. (página 246), analizando cómo "hile hükümleri esas itibariyle *culpa in contrahendo* sorumluluğunun ve dolayısıyla sözleşmenin müspet ihlalinin özel bir düzenlemesidir" (traducido: "las disposiciones de fraude son esencialmente un acuerdo especial de *culpa in contrahendo* responsabilidad y, por lo tanto, una violación positiva del contrato"). (p. 218).

Con ello queda demostrada la vinculación de la figura de la CIC del derecho turco con la figura del *mirsepresentation* del *common law*.

3.2.2. Asia

A. China

El tratadista Han (2014) nos explica que el tema de la CIC está poco tratado en China pero que parcialmente ha sido acogido, y que

545 Sección 161(b) del Segundo Restatement de Contrato, [SRC], 1981. (EE.UU.)

546 Sección 551(1) del Segundo Restatement de Torts (SRT). 1965-1979. (EE.UU.)

puede ser un ejemplo para otros países como Korea del Sur o Japón, que están en proceso de regularla (p. 158, 170).

Los numerales 42 y 43 de la Ley de Contratos de la República Popular China[547] dicen:

> Artículo 42
>
> En el curso de las negociaciones, la parte que cae en cualquiera de las siguientes circunstancias, causando así pérdidas a la otra parte, será responsable de las pérdidas:
>
> (1) pretender celebrar un contrato y negociar en mala fe;
>
> (2) ocultar deliberadamente hechos importantes relacionados con la celebración de contratos o suministro de información falsa; o
>
> 3) realizar cualquier otro acto contrario al principio de buena fe.
>
> Artículo 43
>
> Ninguna de las partes podrá divulgar o utilizar indebidamente secretos comerciales obtenidos en el curso de la celebración de un contrato, no importa si el contrato está establecido o no. La parte que divulgue o utilice indebidamente dichos secretos comerciales, causando así una pérdida a la otra parte será responsable de la pérdida.
>
> Artículo 58
>
> Los bienes adquiridos como resultado de un contrato se devolverán después de que se confirme que el contrato es nulo y nulo o ha sido revocado. Donde la propiedad no puede ser devuelto o la devolución es innecesaria, se reembolsará

547 Ley de Contratos de la República Popular China. [LCC]. Art. 42. marzo 15, 1999. (China).

> a su precio estimado. La parte culpable indemnizará a la otra parte por pérdidas incurridas como resultado de la culpa. Si ambas partes son culpables, ambos asumirán sus respectivas responsabilidades

Como podemos apreciar, la incorporación de la CIC al sistema normativo chino tuvo como preludio la antigua Ley de Contratos Económicos (1981) y la de los Principios del Derecho Civil (1986) que aceptaron parcialmente la idea de culpa en contrahendo.[548]

Es necesario destacar el numeral 42 inciso primero que repudia las negociaciones de mala fe. Como lo veremos en el capítulo II, la mala fe (opuesta al principio de buena fe que se presume, tal cual el Digesto lo postula), es sinónimo de dolo o fraude, que debe probarse. Según el Digesto, y esto lo veremos en profundidad en el próximo capítulo, la mala fe no es sinónimo de negligencia, sino es el opuesto a la buena fe y concomitante con el fraude o el dolo. Con ello queda demostrado que el RINP (vertiente de la CIC) no es en realidad una ruptura "injustificada" de negociaciones preliminares, sino una ruptura "de mala fe" o "maliciosa" de negociaciones preliminares, con las consecuencias legales que los numerales siguientes de la Ley en cuestión prodigan.

Por su parte, Kovac (2019) hizo memoria con respecto al "antiguo numeral 61 de los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular China (GPCL) que estipulaba que la parte que era culpable debía compensar las pérdidas de la otra si el acto jurídico era nulo o ineficaz." (p. 12) y luego continuó:

> Además, el moderno Código Civil de la República Popular China (CLC) contiene cuatro disposiciones para cuatro circunstancias diferentes en las que las partes contractuales

548 Cfr. Han (2014, p. 158).

> pueden ser responsables en la etapa precontractual. Estas condiciones son: a) negociar de mala fe con el pretexto de celebrar un contrato; b) ocultar deliberadamente un hecho importante relacionado con la conclusión del contrato o proporcionar deliberadamente información falsa; c) divulgar o explotar indebidamente secretos comerciales; y d) otras actividades posibles que puedan violar el principio de buena fe. (p.12).

Asimismo, apreciamos que el tema de la buena fe viene incorporado en el sentido negativo de evitar normativamente actos de "mala fe", con la consecuente carga probatoria a la parte actora que deberá demostrar la mala fe, o sea el dolo o fraude (el engaño).

B. Israel

El tema de la responsabilidad precontractual en este país arranca de su compaginación legislativa en la Ley General de Contratos, parte general, de 1973, que en su sección 12, intitulada "buena fe en las negociaciones" extendió "claramente a la fase precontractual el deber de las partes de proceder conforme a la buena fe" (Bianchi, 2015, p. 112), y dispone:

> a) Al negociar un contrato, una persona debe actuar de manera habitual y de buena fe.
>
> (b) La parte que no actúe de manera habitual y de buena fe será responsable de pagar una indemnización a la otra parte por el daño causado a la otra parte como consecuencia de las negociaciones o de la celebración del contrato, y se aplicarán mutatis mutandis las disposiciones de los artículos 10, 13 y 14 de la Ley de Contratos (Remedios por Incumplimiento de Contrato) de 1970."[549]

549 Cfr. Lupini Bianchi (2014, p. 113) y también Cohen, N. (2009, p. 400).

Ahora bien, Bianchi (2015) continúa y explica que el concepto de buena fe en el entorno legislativo que nos convoca no puede ser definido apriorísticamente y requiere una contexturización acorde al caso en concreto (p. 113), y culmina indicando que "Tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Israel, las partes en la fase precontractual no deben comportarse como unos angelitos, pero tampoco como lobos" (p. 113).

Por su parte, Cohen (2009) al analizar algunos casos de la Corte Suprema expresa su preocupación por la "incertidumbre e imprevisibilidad" (p. 429), y expresa su esperanza de que las reglas de la buena fe gradualmente se tornen en un grupo de reglas más definidas y útiles (p. 430).

3.2.3. Sudamérica.

A. Argentina

El numeral 1198 del CC argentino (CCA)[550] estipula que los contratos deben celebrarse de acuerdo a las reglas de la buena fe: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión."

Esta norma ha sido motivo de numerosos quebraderos de cabeza porque el numeral está enmarcado dentro del sistema de responsabilidad contractual, y por otro lado se lo pretende encuadrar dentro de la responsabilidad precontractual, con lo cual genera una duda con respecto a la naturaleza de este numeral y de la figura de la responsabilidad precontractual. Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que "ello deja dudas acerca de cuál es el encuadre de esta responsabilidad, ya que el artículo 1198 es una norma típica del ámbito contractual." (p. 128) y luego añaden: "No podemos dejar

550 Código Civil Argentino (CCA), promulgado el 25 de septiembre de 1869. (Argentina).

de señalar nuestras dudas sobre la ubicación de la responsabilidad precontractual en el ámbito de la normativa extracontractual." (p. 129).

Con respecto a esta duda de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) piensan que se debe encuadrar dentro del sistema contractual, del que está "ontológicamente vinculado" (p. 129), ya que "lo precontractual no tiene nada que lo relacione con lo ilícito extracontractual y, por ende, la recurrencia al principio de no daña a otro que se manifieste en el artículo 1109 del Código Civil no puede llevarnos a ubicar esta problemática precontractual en el ámbito extracontractual" (p. 130).

En tal sentido Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) recomiendan utilizar las normas generales de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones para tratar los temas de responsabilidad precontractual (p. 130).

Ahora bien, en el Derecho Argentino, a raíz de la vigencia de la Ley 17.711, se implantaron sendas presunciones con respecto a la culpa, así Moisá (2014) lo señala:

> En el Derecho positivo argentino, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional
>
> definitivo o temporal, de los artículos 513 y 509 *in fine* -texto según Ley 17.711 - del Código Civil, se desprenden sendas presunciones *iuris tantum* de culpa en contra del deudor.
>
> En la responsabilidad por actos ilícitos: en principio, la culpa debe ser probada (artículos 1109 y 1067, Código Civil); por excepción, el Código de Vélez Sarsfield -luego de la reforma introducida por la Ley 17.711- establece un sistema de presunciones de culpa: a) una presunción absoluta -*iuris et de iure*- (artículo 1113, párrafo 1); b) una presunción relativa -*iuris tantum* - (artículo 1113, párrafo 2, parte 1); y

> c) una presunción agravada -la prueba en contrario está limitada a la culpa de la víctima, de un tercero o al *casus*- (artículo 1113, párrafo 2, parte 2). (pp. 184-185).

Brevemente vamos a navegar por los textos de estos numerales para entender la aproximación de Moisá (2014), al amparo de la Ley 17.711[551] que reformó el Código Civil Argentino:

> Artículo 509 - Código Civil. En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.
>
> Artículo 513: El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuanto éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa.
>
> Artículo 1109 del CC argentino: Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.[552]

---

551 Ley 17.711 de reforma del Código Civil de Argentina (L. 17.711), 22 de abril de 1968.

552 Con respecto a este numeral 1109, Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) mencionan: "Si bien la responsabilidad precontractual carece de específica base legal, debe estarse a los principios generales previstos por los artículos 1109 y concordantes

> Artículo 1067 del CC argentino: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.
>
> Artículo 1113: La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.
>
> En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.
>
> Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.[553]

Por su parte, Leiva Fernández (2002) reproduce el debate dicotómico de la responsabilidad precontractual en el derecho argentino considerando el plazo prescripto tío si es que se reconduce a la responsabilidad contractual con la extracontractual. Mientras que

---

del Código Civil en los casos en que no se llega a la perfección de un convenio por haberse retirado de las tratativas alguno de los negociadores y el otro sufrido un perjuicio con motivo de la ruptura." (p. 128).

553 A esta lista de artículos habría que añadir otros cuantos que, al decir de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014) están vinculados con la doctrina de la CIC en Argentina (p. 282). Tenemos los siguientes numerales del CC argentino:
Art. 1.071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos.
Art. 907. Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

el numeral 4023 del CC argentino (CCA) estipula 10 años, el numeral 4037 especifica que son dos años para la teoría extracontractual.

En efecto, el artículo 4023 del CCA estipula:[554]

> Artículo 4023: Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátese de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor.

Mientras que el numeral 4037 del CCA dice:

> Artículo 4037. Prescríbese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual.

Leiva (2002) continúa aclarando su posición con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual:

> En este caso una de las partes del futuro contrato adultera la· realidad (dolo positivo) o la oculta a la otra parte (dolo negativo) de suerte que la ignorancia de lo false o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado al otro negociante a celebrar el contrato.
>
> Destaco que este dolo difiere del que acarrea la nulidad del contrato celebrado -que también origina responsabilidad precontractual- pues acá la aserción u omisión dolosa evita la celebración del contrato. (p. 103).
>
> La naturaleza de la responsabilidad precontractual es múltiple. Extracontractual en los supuestos de ruptura de tratativas y de nulidad del contrato. Contractual en los casos de vicisitudes de la oferta y la aceptación, y en el de

554 Código Civil Argentino (CCA), promulgado el 25 de septiembre de 1869. (Argentina).

> promesas aceptadas de contratos reales en los que no se efectuó la tradición. (p. 104).

Finalmente, Leiva Fernández (2002) explica que el dolo debe ser incorporado en casos de responsabilidad precontractual: "Corresponde incorporar a los casos de responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva de las negociaciones a los supuestos de dolo sufrido por quien rompe las tratativas." (p. 104).

Por otra parte, en cuanto se refiere a una de las vertientes de la CIC (deber de informar), como lo veremos en el capítulo II, está ligado al tema de la defensa de los consumidores. En el caso de Argentina, tenemos la Ley 24240[555] que, al decir de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2006).

> La Ley 24.240 tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, la protección del consumidor (personas que aprovechan un bien o servicio, a título onerosos, para sí, sus familiares o dependientes) en el mundo de los negocios, y fija normas respecto a la información del consumidor y protección de su salud, a las condiciones de la oferta y la demanda, a la prestación de servicios, a los usuarios de servicios públicos domiciliarios y a todo lo concerniente con la defensa de los derechos del consumidor. (p. 45).

En este sentido, es necesario destacar algunos numerales de la Ley 24240:

> Artículo 4º — Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de

555 La Ley 24240 de Defensa del Consumidor de Argentina (L. 24240) sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada el 15 de octubre de 1993.

los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.[556]

Artículo 5º — Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

ARTICULO 6º — Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado

556 Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.250 B.O. 14/6/2016. Conforme pedido formal recibido por Nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. El texto original del primigenio numeral 4 se puede apreciar en la página 297 del texto de Mosset Iturraspe y Piedecasas (2014): "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas e presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos."

> asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

B. Brasil

El anterior Código Civil de Brasil del 1ro de enero de 1916 no tiene una alusión directa a la responsabilidad precontractual en sus artículos 1079-1091 que reglamentaron la oferta y la aceptación.[557]

El nuevo Código Civil de Brasil,[558] vigente desde el 10 de enero 2002, trata este tema de la responsabilidad precontractual en su Título V del Libro I de la «Parte especial», Capítulo I, una Sección (II) sobre la "formación de los contratos"; artículos 427 a 435, en especial su numeral 422 señala:

> Artículo 422. Los contratantes están obligados a guardar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe.

Por su parte, la Ley de 11 de septiembre de 1990, referente a la defensa y protección del consumidor, regula en sus numerales 30 a 38 los deberes del empresario relativos a la información y a la publicidad.[559]

Ahora bien, el numeral 145 del Código Civil Brasileño claramente se refiere a un tema de *misrepresentation* que se vincula a la teoría de la CIC.[560] Dicho numeral especifica: "Si, antes de la conclusión

557 De Ángel Yágüez (2010, pp. 575-636).

558 Código Civil de Brasil (CCBra), art. 422, 1ro de enero 2002 (Brasil).

559 De Ángel Yágüez, R. (2010, p. 586).

560 Sobre el tratamiento de la CIC y su vinculación a la figura del *misrepresentation* del *common law*, remitimos al lector al capítulo III.

del contrato, una de las partes induce a error a la otra mediante declaraciones o maniobras engañosas, el contrato es anulable."[561]

Para Nunes Fritz (2018, p. 478) este numeral señala que el "Dolusfigur" (figura del engaño) del artículo 145 del Código Civil brasileño es un "caso de *culpa in contrahendo* legalmente regulado", y que se refiere a la violación intencionada de obligaciones de información antes de celebrar un contrato.

C. Bolivia

Mientras tanto, el artículo 465 del Código Civil Boliviano establece la obligación de negociar de buena fe en la etapa precontractual:[562] "En los tratos preliminares y en la formación del contrato las partes deben conducirse conforme a la buena fe, debiendo resarcir el daño que ocasionen por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causales que invaliden el contrato."

D. Colombia

Por su parte, el artículo 863 del Código de Comercio de Colombia estipula la obligación de las partes contratantes de actuar de buena fe y sin culpa durante las negociaciones precontractuales y provee que el incumplimiento de esta disposición causará responsabilidad en la parte culpable (Gil-Walin, 2007: 14), de la siguiente forma: "Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."[563]

561 Código Civil de Brasil (CCBra), art. 145, 1ro de enero 2002 (Brasil).

562 Código Civil Boliviano (CCB), Aprobado por DL 12760, §465, 06 de agosto de 1975. (Bolivia).

563 Código de Comercio de Colombia, Decreto 410, §863, 1971 (Colombia).

E. Chile

Los artículos que interesan con respecto al tratamiento del CC chileno[564] sobre el tema de la responsabilidad precontractual son, entre otros:

> Artículo 44: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
>
> Artículo 706: La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.
>
> Artículo 707: La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.
>
> En todos los otros la mala fe deberá probarse.
>
> Artículo 2284. Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.
>
> Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Ahora bien, San Martín Neira (2013) refiere que el sistema precontractual es catalogado de extracontractual por el grueso de la doctrina (p. 321).

564 Código Civil de Chile (CCCh), 14 de diciembre de 1855 (Chile).

F. Paraguay

El numeral 689 del CC de 1985[565] expone: "En el Desarrollo de las negociaciones en la formación del contrato deben las partes comportarse de acuerdo a la buena fe." Mientras que en el numeral 690 se dispuso: "La parte que conociere o debiere conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato y no hubiere dado noticia de ello a la contraparte, será obligada a resarcir este daño que causa por negligencia, imprudencia u omisión en advertir las causas invalidantes del contrato."

Por su parte, el numeral 690 del CC de Paraguay aclara: "La parte que conociendo, o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiere dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato".

En el mismo sentido, Guevara Porlles (2017) analiza la sentencia casatoria afirmando que la renta (merced conductiva) no fue un punto de concordancia y ante dicha discrepancia, la ruptura de negociaciones estaba justificada: "Ante ello, respecto a la demandada, no se podría plantear que su apartamiento fue injustificado y, por ende, antijuridico, pues es razonable que ante un desacuerdo ante un elemento tan transcendental como la merced conductiva se busque una oferta adecuada a sus necesidades y expectativas." (p. 112). Y en cuanto al análisis de los correos ofrecidos por la demandante prodigados por el banco, Guevara (2017) sentencia:

> La misiva de desocupación del predio cursada por la actora a la primera arrendataria [CARSA] no puede acreditar grado de vinculación que merezca ser indemnizable, pues ésta era presupuesto propio del contrato a

565 Código Civil de Paraguay [CCPa], art. 689. 23 de diciembre de 1985 (Paraguay).

> celebrar (arrendamiento), ya que configura deber del futuro arrendador cumplir con condiciones y requisitos conducentes a la celebración del contrato. Tampoco puede entenderse este comportamiento como inicio de ejecución, pues la carta fue cursada con anterioridad a los períodos formativos de oferta y aceptación. (p. 114).

De igual forma, Ramírez Izaguirre y Roca Mendoza (2017) concuerdan con estos postulados: "Al no haberse puesto de acuerdo la señora y el BCP en la renta del arrendamiento, elemento importante de dicho contrato, no se habría realizado el consentimiento y, por ende, no habría contrato que incumplir." (p. 177).

G. Perú

Dentro del Libro VII referido a la Fuente de las Obligaciones, sección primera (contratos en general), y Título I (disposiciones generales), encontramos el numeral 1362 que dice:

> Artículo 1362.- Buena Fe[566]
>
> Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Como se puede observar, este numeral es un reflejo del numeral 1337 del Código Civil italiano[567] que decía: "las partes, en la conducción de las negociaciones y la formación del contrato, se comportarán de buena fe."[568]

566 Código Civil de Perú [CCPe], art. 1362. 24 de julio de 1984 (Perú).

567 De la misma manera, Buendía de los Santos (2016) vincula ambos artículos a la luz de la teoría de Faggella (pp. 191-192).

568 Código Civil italiano (CCI), art. 1337, 16 de marzo 1942 (Italia).

Como vemos, en el Código Civil Peruano, la doctrina de la CIC ingresa a su normatividad a través de la apertura al elemento "buena fe" en la etapa de las negociaciones contractuales. La doctrina peruana ha dedicado innumerables horas tratando de descifrar el misterio de la buena fe en la etapa negocial. Así, por ejemplo, De La Puente y Lavalle (2007) discernió dos sentidos de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, en el siguiente sentido:

> Si examinamos estos dos sentidos del concepto de buena fe podemos percibir que, no obstante ser fundamentalmente dispares desde que en un caso (sentido subjetivo) se trata de la apreciación de una situación personal mientras que en el otro (sentido objetivo) de la aplicación de una regla impersonal de conducta, en ambos casos lo que está en juego es el juzgamiento de una conducta, o sea determinar si en el primer caso el sujeto actuó porque honradamente creyó y en el segundo si actuó de acuerdo a lo que honradamente debió (p. 332).

Entonces, de lo que se trata es de un juicio de valor sobre el estado mental o la creencia del sujeto a partir del deber ser moral. Este juicio de valor necesariamente pasa por determinar la intención del sujeto. En el Digesto, es común entrever este juego de la buena fe objetiva y subjetiva constantemente. La buena fe, objetivamente hablando, es un elemento que circula por todo el derecho tanto privado como público.[569]

569 Para Osterling Parodi (2008), el principio de buena fe se extiende a la buena fe-lealtad: "La buena fe lealtad obliga a las partes a cumplir ciertos deberes como, por ejemplo, el de información, que permite a los tratantes tomar las decisiones que mejor beneficien a sus intereses, el de no divulgar información conocida por medio de las tratativas, el de informar sobre la existencia de negociaciones paralelas, el de abstenerse de realizar actos que perjudiquen el avance de las negociaciones o las terminen." (p. 4). Para Mankowski (2020) la CIC deviene frente a un incumplimiento

En el apéndice 2 de esta obra hemos seleccionado los pasajes referidos a la buena fe, por ejemplo, Ulpiano, en el Digesto de Justiniano (530) se refiere en el Libro 2 al sentido objetivo de la buena fe:[570]

> Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro IV.
>
> La justicia de este Edicto es natural, pues ¿qué es más adecuado a la buena fe de la humanidad que observar aquello en lo que las partes han acordado? (1-parr (2.14).

Y en ese sentido, el estudio de la buena fe objetiva necesariamente introduce el elemento subjeto de la buena fe para determinar si hubo una ausencia de la misma desembocando en la mala fe, que el Digesto de Justiniano (530) la equipara con el dolo o con el fraude:

> 3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro X.
>
> (9) Labeo dice, que a veces en una acción fundada en asuntos negociados, el único punto a ser considerado es el fraude; por ejemplo, si, inducido por el afecto, se ha entrometido en mis asuntos para impedir que se vendan mis bienes, sólo debe responder en caso de fraude. Esta opinión se basa en la equidad. (3. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro X).

Como vemos, el principio objetivo de la buena fe viene emparentado con el principio de justicia y de equidad, pero también vemos que el sentido subjetivo de la buena fe necesariamente pasa por el análisis del fraude y del dolo, así Ulpiano lo expone en el Digesto (530):

> 7. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XI.

---

de un deber precontractual de información que significa no brindar información falsa y no omitir información relevante (pp. 312, 323).

570 Emperador Justiniano. (530). *Código de Justiniano*.

> (10) Además, Pomponio dice que el Praetor Caecidianus no otorgó una acción por fraude contra alguien que había alegado que cierta persona a quien se le iba a prestar dinero era solvente, que es la visión correcta del caso; porque no debe concederse una acción por dolo a menos que la mala fe sea flagrante y evidente. (7.10 (4.3).

Por su parte, Paulo en el Digesto (530) expone:

> 13. Paulo, Sobre Sabino, Libro XXXI.
>
> Cuando una persona se niega a devolver una cosa, no al dueño de la misma, sino a alguien que la exige, y que no cree que sea el verdadero agente o heredero de la persona que hizo el depósito, no es culpable de mala fe. Sin embargo, si después supiera que el reclamante tenía autoridad, podrá entablar acción contra él, ya que ahora comienza a ser culpable de mala fe, si se niega a devolver los bienes. (13-parr & 13.1 (16.3)).

Este maniqueísmo de la buena fe subjetiva con la mala fe, el dolo y el fraude, hace que el sujeto que actúa de mala fe sea responsable o culpable por el dolo cometido, así Ulpiano lo explica en el Digesto (530):

> 8. Ulpiano, Sobre el Edicto, Libro XXXI.
>
> (10) Por lo tanto, si te ordené que compraras un esclavo, y así lo hiciste, serás responsable de su entrega. Pero si usted se olvidó fraudulentamente de comprarlo (o, tal vez, habiendo recibido dinero para ese propósito, se lo dio a otro para que hiciera la compra) o si fuere culpable de negligencia grave (por ejemplo, si inducido por favor, debe permitir que otro lo compre) usted será responsable. Sin embargo,

> si el esclavo que compraste se fugare, serás responsable, si esto ocurrió por tu mala fe. Pero si no hubiere mala fe ni negligencia, no seréis responsables sino en cuanto debéis dar fianza para entregar el esclavo si llegare a vuestro poder. Pero si lo entregas, debes darme posesión de él; y si se presta caución contra su recuperación por evicción, o tienes derecho a pedir que se te preste fianza, pienso que será suficiente que me cedas este derecho de acción, para que me designes como tu agente para actuar en mis propios asuntos, y usted no estará obligado a hacer más de lo que realmente obtendrá. (8.10 (17.1)).

Como quiera que la culpabilidad de un sujeto puede provenir por parte del quebrantamiento del principio de la diligencia, Ihering (1861) ya manifestó en su obra que la diligencia y su ausencia (la negligencia) era el motor de la teoría de la CIC, mas no la buena fe que tenía que presumirse para ambas partes (la promitente y la promisoria), y que la mala fe debía probarse por tanto la buena fe no podía ser el elemento motor de la CIC (pp. 30, 37).

Es la doctrina posterior a Ihering que inocula la buena como motor de la doctrina de la CIC, contra el propio pensamiento de Ihering (1861) que explícitamente se negó a incorporar la buena fe como elemento de su teoría (p. 30, 37).

En efecto, en todos los 50 libros del Digesto (530) la buena fe es un principio que circula por todas las arterias del derecho privado y público, es innegable la presencia de la buena como lo es innegable su coetaneidad con la equidad y la justicia. Sin embargo, cuando la doctrina posterior a Ihering introduce la buena fe como elemento de la CIC, hacen que la culpa que deriva del incumplimiento de la diligencia sea devorada por la mala fe, es decir por el dolo o el fraude. Cuando el fraude se puede demostrar, es decir, cuando la mala fe se

puede demostrar, entonces la culpa queda devorada por el dolo, y esto es lo que Ihering trató de evitar.

Sin embargo, en el próximo capítulo veremos en detalle cómo el dolo termina por devorar la culpa haciendo que la figura de la Ruptura injustificada de negociaciones preliminares (segunda vertiente de la CIC) pase a ser una Ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares,[571] porque la culpa queda devorada por el dolo.[572] Si bien es cierto, esta operación es inocua, comparativamente hablando la figura del RINP (hija de la CIC) la CIC o la RINP queda equiparada con el *misrepresentation* y el fraude del *common law*, dejando al *Promissory estoppel* -basada en la confianza detrimental[573]- como figura incomparable[574] por cuanto al PE no le interesa el estado mental[575]

---

571 En la doctrina peruana puede consultarse el trabajo de León Hilario (2003) que manifesta a este respecto: "Salvo mejor parecer, los ecos de la institución de la *culpa in contrahendo* que han llegado hasta nosotros comprenden únicamente el segundo caso. El tratante que se aparta de las negociaciones maliciosamente es responsable -como enseñan, en bloque, los contractualistas peruanos- por la infracción del artículo 1362." (p. 38).

572 En el espectro del deber de informar, cuando la información es accesible a ambas partes, Torreblanca Gonzales (2017) piensa que no existe deber de informar, y además que: "La ignorancia es legítima cuando hay asimetría informativa, o sea, cuando hay disparidad de poderes entre las partes o cuando existe información inexacta, es decir, dolo" (p. 57).

573 Saavedra Velazco (2010) examina la confianza frente a la autorresponsabilidad como premisas de la responsabilidad precontractual (p. 2). Por su parte Lundstedt (2014) equipara la CIC con la Teoría de la confianza: "La teoría del interés, en el ámbito de la Ley de contratos en Suiza y Alemania, se complementa con la construcción el "interés negativo del contrato" (creada por Ihering); y en Escandinavia, y en algunos otros países, con la "teoría de la confianza." (pp. 164-165).

574 En cuanto a la necesidad de conocer instituciones del *common law* americano, puede consultarse el trabajo de García Lang (2018), quien concluye:

> Si el civilista junior solo se enfoca en leer a los clásicos tratados europeos y no domina inglés, se llevará una gran sorpresa cuando empiece a ejercer en la práctica profesional y tenga que revisar contratos en inglés y con cláusulas que hacen referencias a instituciones jurídicas que no se encuentran reguladas en el código civil pero que están estandarizadas en la práctica. Enfoquémonos en el derecho vivo. Así es como nacieron y ascendieron los *civil lawyers*. (p. 290).

575 Un sector de la doctrina ha interpretado el *Promissory estoppel* como producto de la violación de un deber de actuar de buena fe en las tratativas o etapa precontractual.

o el juicio de valor del sujeto para determinar la responsabilidad del sujeto, independientemente de su culpabilidad.[576]

Reanudando el análisis del artículo 1362 del Código Civil Peruano, mencionábamos cómo la doctrina ha interpretado este numeral como una apertura hacia la Compensación por Indemnización Culposa (CIC) en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la interpretación de este fenómeno. Por un lado, hay un grupo doctrinario que percibe la CIC a través de una lente contractual, sugiriendo que se manifiesta dentro de los marcos y principios contractuales.[577] Por otro lado,

---

Cfr. Cieza Mora, J. (2015, p. 115).

576 Este punto del PE lo desarrollaremos más ampliamente en el capítulo V dedicado al *Promissory estoppel*.

577 En el ámbito doctrinal que sostiene que la responsabilidad precontractual se debe analizar desde una perspectiva contractual, tenemos a Morales Godo (2009) que expresa: "un análisis del artículo 1362 del Código Civil de 1984 nos llevaría a la conclusión que, para nuestro sistema, el daño *in contrahendo* estaría enmarcado dentro del daño Contractual." (p. 23.) Por otra Morales Hervias (2018) explícitamente considera un error emparentar la responsabilidad precontractual con el sistema extracontractual: "Fuera de los factores señalados y yendo a lo técnico, estimamos que una aplicación de la responsabilidad extracontractual a la responsabilidad precontractual genera problemas de aplicación y deja sin contenido a la buena fe objetiva. Por ello, estimamos que la responsabilidad precontractual tiene autonomía conceptual que difiere enormemente de la responsabilidad extracontractual y se aproxima a la responsabilidad por inejecución de obligaciones (pero sin reducirse a ella)." (p. 183). Por su parte, Ordoqui Castilla (2017) piensa que el "dolo incidente regulado en el artículo 1276 del C.C., refiere precisamente al caso de un dolo que solo {sic] da derecho a acción indemnizatoria, situación que se daría en el ámbito de la responsabilidad precontractual en el periodo de las tratativas." (p. 425). [El numeral 1276 del CCPe dice: Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer. En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado, si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Por su parte Ojeda Guillén (2009) expresó: "Así pues, estamos a favor de los argumentos que abonan a favor de la tesis contractualista, por cuanto la responsabilidad precontractual siempre se presenta cuando ha habido tratos, negocios, acuerdos previos: un contacto negocial. Estas negociaciones, entendemos, han generado en la parte perjudicada una confianza racional en la concreción del negocio y en su

existe una corriente que argumenta que la CIC debe ser analizada desde una perspectiva extracontractual,[578] enfatizando su naturaleza independiente de las obligaciones contractuales existentes. Esta división refleja las complejas interacciones entre los elementos contractuales y extracontractuales en el derecho precontractual.

Dentro del sector doctrinario que considera que la CIC debería ser estudiado desde la perspectiva contractual tenemos a Moreno More (2014) quien manifiesta:

---

traducción en un contrato definitivo. Las partes no son desconocidas, sino que son contratantes determinados, completamente identificados y reconocibles el uno por el otro. El contacto negocial previo obliga a comportarse según reglas específicas y asumiendo conductas particulares." (p. 230).

578 Para otro sector de la doctrina, la responsabilidad precontractual pasa por una consideración extracontractual, así lo sostiene por ejemplo Espinoza Espinoza, J. (2015, pp. 137-145). Por su parte, Oré Gamboa (2013) lo explica de la siguiente forma: "El haber negado la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* no significa ignorar, de manera absoluta, la trascendencia del artículo 1362 del Código Civil sino, sencillamente, interpretarlo como una norma que expresa una de las manifestaciones del deber de no causar daño a nadie. En efecto, el deber de buena fe resulta aplicable a todas las conductas humanas y, por ende, a todos los individuos que viven en sociedad. Por ello se presenta como un deber genérico, cuya infracción debe reconducirse a la cláusula de represión del hecho ilícito dado que se refiere a una conducta que afecta a un bien jurídico (tutelado de manera *erga omnes*) por medio de una conducta culposa (p. 47). En el mismo sentido, Geldres Campos (2014) estima que la responsabilidad precontractual se rige bajo las reglas de la responsabilidad civil extracontractual (pp. 79-97). Asimismo, los trabajos de Escobar Lino y Guevara Porlles (2016, pp. 181-201). Por su lado, Pretel Alonzo (2017) no solamente se inclina por la efectividad de la teoría extracontractual como sistema que supera a la concepción precontractual de la CIC o "contacto social" sino que da crédito a la concepción extracontractual por encima de la teoría de la CIC, en el siguiente sentido: "Nuestro ordenamiento permite sin mayor problema proteger vía extracontractual los daños que surgen en la etapa precontractual, por lo que resulta inoficioso recurrir a la teoría del "contacto social" o *culpa in contrahendo*." (pp. 127-128). En la misma línea Ramírez Izaguirre y Roca Mendoza (2017) también comulgan con la teoría extracontractual: "nosotros coincidimos en que frente a un escenario donde las tratativas se han roto de forma injustificada, dada la normativa vigente, solo [sic] cabría hablar de un régimen de responsabilidad civil aquiliano." (p. 176). De la misma forma Moreno More (2017) opina que: "Así las cosas, la opción de la extracontractualidad se revela como la vía propia para encausar a este tipo de responsabilidad." (p. 220).

> Lo que es más, la doctrina no sólo ha ideado soluciones contractuales para supuestos en los cuales existía un contrato (válido) entre las partes. Como se verá más adelante, el problema aquí tratado está estrechamente vinculado con otras problemáticas, pero en especial con la responsabilidad precontractual. Es precisamente respeto a esta última que la doctrina ha propuesto la mayor cantidad de soluciones *contractuales* para el resarcimiento producto del daño causado en la etapa precontractual (p. 3).

Por otro parte, se puede consultar el trabajo de Falla Jara y Pizarro Aranguren (1991) que analizan la sentencia de un expediente judicial de la Tercera Sala Civil de Lima, sobre el caso *Grupo Peruano v. Daimler Benz*, A.G.,[579] con número de Indice 462-89, donde la Corte manifestó:

> Y si que si bien esas obligaciones mutuas apuntaban a un contrato futuro pendiente de firma no por ello quedan excluidas de la órbita contractual en la que la doctrina más moderna incorpora los llamados convenios de base, contratos preparatorios, contratos para contratar que implican poner fin a negociaciones sobre las estipulaciones ya acordadas, sin perjuicio de continuar negociaciones sobre otros puntos complementarios o de detalle que de momento no pueden fijarse; que estos acuerdos previos en cuanto derivan de un vínculo asumido libre y voluntariamente para regular negociaciones jurídicas patrimoniales, en modo alguno pueden marcarse en el

579 Pese a nuestros esfuerzos personales y nuestras visitas al Poder Judicial y después de múltiples requerimientos al Archivo Central de las Cortes Superiores de Lima y del Perú, nos han respondido que este caso es inubicable, por lo que no hemos podido verificar personalmente la existencia de este expediente; sin embargo, lo citamos para ilustrar el debate interno doctrinal sobre esta materia de la CIC.

> ámbito de la responsabilidad extracontractual, la que por esencia no surge de declaraciones de voluntad sino de circunstancias accidentales que no revelan voluntad de vínculo jurídico entre sujetos, como sí ocurre en el caso de autos. (p. 97).

Por otro lado, como lo adelantamos, otro sector de la doctrina piensa que la CIC se adecúa a la mirilla extracontractual. Por ejemplo, Moreno More (2016) analiza el tema de la teoría italiana del contacto social adecuado y la ruptura injustificada (maliciosa) de negociaciones preliminares y asevera:

> Ellos para llegar a dicha conclusión han inventado una obligación (deber de protección) que, a decir verdad, no es tal. Vale decir, el deber de protección, cuya violación daría lugar a la responsabilidad contractual, en realidad es un deber aquiliano, cuya violación daría lugar a una responsabilidad de tipo extracontractual. (p. 211).

Y luego Moreno (2016) continúa añadiendo un pensamiento que remata su planteamiento: "Si nuestras conclusiones son correctas, todos los sistemas jurídicos habrían acogido a la figura del contacto social, empero, al reconducirse dichas figuras a los conflictos aquilianos modales, ésta en realidad no presentaría una naturaleza contractual, sino una de tipo extracontractual." (p. 212).

Ahora bien, un aspecto interesante de analizar es la relación entre el numeral 1362 del CC peruano con el numeral 1969 del CC peruano (referido al a responsabilidad extracontractual), con el numeral 1321 (referido a la inejecución de obligaciones) que dicen:

> Artículo 1969º.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

> Artículo 1321: Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Como quiera que el numeral 1362 está basado en la buena fe (con su consecuente correlato de la mala fe-dolo-fraude), el numeral 1969 se basa en la culpa (o negligencia) y el dolo.[580] En el sistema peruano, Pretel Alonzo (2017) explica que si la CIC se va a reconducir por las arterias contractuales, en realidad se le estaría poniendo una carga probatoria injusta a la víctima por cuanto ahora tendría que demostrar el dolo (bajo el numeral 1321); mientras que la carga probatoria del numeral 1969 de la responsabilidad extracontractual impone el descargo a la parte que irroga el daño en la etapa prenegocial (p. 129).

Pero más allá de este maniqueísmo entre contractualizar o extracontractualizar la CIC, por su parte, Saavedra Velazco (2013) realiza una crítica al sistema extracontractual alemán y a la consecuente innecesariedad de contracturalizar la CIC:

> Como es conocido, en Alemania la responsabilidad extracontractual tiene una fuerte dosis de tipicidad, limitando los intereses que pueden encontrar protección a través de este mecanismo jurídico. La responsabilidad por *culpa in contrahendo* es un caso claro de cuanto se dice. En la mayoría de sistemas se juzga a esta responsabilidad como extracontractual (algo percibido por el propio Ihering al formular su teoría), sin embargo, en Alemania existía la necesidad de contractualizar esta responsabilidad por dichas limitaciones (al momento de formular la teoría

580 Moreno More (2017) manifiesta que: "El comportamiento en este supuesto, a diferencia del establecido en el 1969, se mide en función de la buena fe, mientras que en el 1969 se mide en función de la culpa. Es por ello que decir que la buena fe puede crear obligaciones (deberes de protección) es tan erróneo como decir que la diligencia puede crear obligaciones." (p. 211).

> Ihering tuvo que saldar cuentas no con el BGB, sino con el *Corpus iuris civilis*, aunque en este punto la regulación es sustancialmente semejante). Esta situación ratifica que en ocasiones las reglas o las instituciones formuladas para la solución de conflictos varían de sistema a sistema a causa de limitaciones legales o por peculiaridades culturales concretas.
>
> Tal vez (y solo tal vez) si los operadores alemanes no hubieran sido tan fieles a la responsabilidad extracontractual romana no se habrían visto forzados a contractualizar la *culpa in contrahendo* y luego a lentamente ir ensanchando el margen de la responsabilidad contractual, con lo cual no se habrían creado una plétora de figuras contractuales diseñadas justamente para superar los problemas estructurales detectados en su legislación. (pp. 202-203).

Pese a esta crítica, y a la realidad del asunto, la realidad es que la jurisprudencia -y esto lo comprobaremos en el anexo III dedicado al estudio de la casuística italiana, Española y Alemana, y francesa con respecto a la CIC- dicha institución ha sido interpretada como una estructura extracontractual, y no contractual; asimismo, el deber de actuar de buena fe ha hecho que se presume dicho principio, y que la probanza de la mala fe pase por identificar el dolo con el fraude, con la consecuente subsunción de la culpa en el dolo, contrario a la voluntad de su creador (Ihering, 1861, 30 y 37).

Por otro lado, otro aspecto interesante de resaltar con respecto al tratamiento de la doctrina peruana con respecto a la CIC, lo tenemos en el debate suscitado con respecto a la Casación No. 4407-2015 de Piura.[581] En resumen, el caso se refiere a una demanda por

581 Casación Nro. 4407-2015 de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Recuperado de https://lpderecho.pe/casacion-4407-2015-piura-si-se-demando-por-inejecucion-de-

daños y perjuicios. La demandante, Flor de María Rishing Mendoza, presentó una demanda contra el Banco de Crédito del Perú por incumplimiento de un contrato de arrendamiento. La demandante era propietaria de un inmueble que había alquilado a CARSA, y posteriormente el inmueble iba a ser arrendado al banco. La disputa se centra en si se formó un contrato de arrendamiento válido entre la demandante y el banco, y si el banco es responsable por daños y perjuicios debido al incumplimiento del supuesto contrato.

El tribunal de primera instancia inicialmente falló parcialmente a favor de la demandante, encontrando que había un contrato de arrendamiento basado en comunicaciones por correo electrónico, y ordenó al banco que pagara daños y perjuicios. Sin embargo, en apelación, el tribunal de apelaciones revocó la decisión, indicando que las comunicaciones no constituían un contrato definitivo y que el banco no había incurrido en ningún ilícito civil.

Específicamente, en fecha 28 de enero de 2014, Flor de María Rishing Mendoza interpuso una demanda con el propósito de obtener una indemnización de $83,490 dólares americanos por daños y perjuicios en contra del Banco de Crédito del Perú. Alegó ser propietaria de un inmueble y tener un contrato de arrendamiento vigente con Svenza Zona Franca S.R.L. ("CARSA"), el cual finalizó cuando el Banco de Crédito inició negociaciones con ella, mejorando las condiciones y solicitando a CARSA que desocupara el local. La demandante accedió y pidió a CARSA que abandonara el local, sin embargo, el Banco no formalizó ni cumplió con el contrato, lo que resultó en daños. Surgieron comunicaciones y negociaciones por correo electrónico entre las partes involucradas (la demandante y el banco) con respecto al arrendamiento del inmueble, en las cuales el Banco ofrecía condiciones más favorables que las de CARSA.

obligaciones-no-se-pueden-aplicar-normas-de-la-responsabilidad-extracontractual/ [Consulta realizada el 23 de Agosto de 2023]

Posteriormente, el Banco solicitó a la demandante que CARSA desocupara el local para que pudieran ocuparlo ellos mismos. Sin embargo, una vez que CARSA dejó el local, el Banco no procedió a celebrar el contrato de arrendamiento de acuerdo a las negociaciones previas.

Por su parte, en su respuesta a la demanda (página noventa y uno), el Banco de Crédito del Perú argumenta que las comunicaciones entre la demandante y el arrendatario anterior, CARSA, sugieren que la demandante tenía la intención de acortar el plazo del contrato de arrendamiento por su propia iniciativa, y no a solicitud del Banco de Crédito. El banco afirma que la decisión de la demandante de no renovar el contrato con CARSA fue una elección voluntaria y autónoma, y no fue resultado de ninguna solicitud o exigencia por parte del Banco de Crédito, como insinúa erróneamente en su demanda. Además, el banco sostiene que es legítimo que hayan requerido que la demandante demuestre que el local que ofrecía en arrendamiento estaba en condiciones adecuadas y libre de problemas legales o físicos, siguiendo las prácticas de un inquilino cuidadoso.[582] El banco reconoce que se entablaron discusiones y negociaciones para un posible contrato de arrendamiento del local comercial en cuestión, pero niega haber solicitado o requerido que la demandante notificara a CARSA sobre la terminación del contrato de arrendamiento, ya que esto fue una acción independiente de la demandante. La respuesta del banco subraya que lo que tuvo lugar entre la demandante y el Banco de Crédito fueron tratativas, no un contrato en sí. También señala que durante las negociaciones para concretar el contrato de arrendamiento, se descubrió que el local propuesto por la demandante tenía problemas legales y físicos, como

582 Por su parte, Oughton y Davis (2000) mencionan el concepto de "cuidado razonable" en el contexto de las obligaciones de un arrendador hacia un inquilino (pp. 227, 238).

embargos registrados y discrepancias en las dimensiones y áreas del inmueble según diversos registros, lo cual se comunicó a través de correos electrónicos.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (la Sala), en esta resolución, estableció los puntos controvertidos:

1. Determinar si el Banco de Crédito del Perú tiene responsabilidad civil por no cumplir con el contrato de arrendamiento celebrado con la demandante, referente a la propiedad ubicada en la Av. Grau, Avenida Loreto y el Jirón Ica N° 757 de esta ciudad.
2. En caso de ser pertinente, determinar si el Banco está obligado a indemnizar a la demandante por lucro cesante en una suma de 83,490 dólares americanos.

Después de completar los procedimientos pertinentes, el juez emitió una resolución el once de mayo de dos mil quince, en la cual declaró parcialmente fundada la demanda. Esto se basó en el contenido de un correo electrónico enviado por Sandra Bardales, una funcionaria del Banco de Crédito, el cual detallaba los documentos necesarios para el contrato de alquiler del inmueble. El tribunal interpretó esto como evidencia de la existencia de un contrato de arrendamiento, y concluyó que el Banco de Crédito incumplió sus obligaciones contractuales, por lo que debía indemnizar a la demandante.

En respuesta, la demandada apeló la sentencia, argumentando que lo que realmente ocurrió fueron tratativas y conversaciones destinadas a un futuro contrato de arrendamiento que no se materializó debido a discrepancias en las negociaciones. Afirmó que el juez interpretó de manera sesgada y subjetiva las pruebas presentes en el proceso, y refutó la idea de que existía un contrato de alquiler con el Banco de Crédito desde marzo de 2013.

Después de presentarse el recurso de apelación, la Sala Superior emitió una resolución el veintiuno de septiembre de dos mil quince, en la cual revocó la sentencia apelada y la declaró infundada. Argumentó que, dado que las negociaciones se realizaban por correo electrónico, según el artículo 1374° del Código Civil, solo se podía asumir que hubo aceptación cuando la demandante (que envió los documentos solicitados por el banco) recibiera un "acuse de recibo" de la representante del Banco, lo cual no ocurrió. Al analizar los correos electrónicos en las páginas treinta y ocho y treinta y nueve, se observa que, al 27 de mayo de 2013, las partes no habían llegado a un acuerdo en los puntos esenciales del contrato de arrendamiento, a pesar de que el correo del 27 de mayo no hace referencia a ningún elemento del contrato, sino que se centra en la solicitud de ciertos documentos físicos, así como constancias de impuestos y levantamiento de embargo.

Además, menciona que el diecinueve de agosto de 2013, la representante del banco propuso las condiciones de alquiler. Ante esto, el veinte de agosto de 2013, la demandante hizo una contraoferta sobre la renta, la cual no fue aceptada por el banco, que mantuvo su propuesta. Este hecho contradice la conclusión de un contrato, ya que las partes no se pusieron de acuerdo sobre la renta, un elemento esencial del contrato de arrendamiento. La Sala Superior concluye que el banco demandado no ha incurrido en ningún incumplimiento de obligación, ya que no se ha establecido la existencia del elemento de antijuricidad al no haberse concretado un contrato.

Posteriormente, la demandante presentó un recurso de casación, el cual fue admitido por la Suprema Sala en una resolución del dieciocho de enero de dos mil dieciséis. Argumentó que hubo infracción normativa de varios artículos del Código Procesal Civil y el Código Civil, ya que se señaló de manera clara y precisa cómo estas infracciones afectaron la decisión impugnada.

Los considerandos de derecho del caso los podemos resumir de la siguiente forma:

> QUINTO. En cuanto a la aplicación de normas no invocadas por las partes:
>
> 1. La recurrente alega que el juez debió aplicar normas de responsabilidad extracontractual en lugar de las de inejecución de obligaciones.
> 2. La posibilidad de invocar normas distintas no aplica cuando modificaría los hechos de la demanda.
> 3. La existencia de un contrato fue el punto central de la controversia, por lo que no se podía emitir una decisión diferente sin alterar los hechos.
> 4. Las instancias examinaron la existencia del contrato y concluyeron que no se había celebrado.
>
> SEXTO. En relación a la supuesta vulneración de los artículos 1362, 1969, 1971 y 1985 del Código Civil:
>
> 1. La discusión sobre la responsabilidad en las negociaciones precontractuales no es unánime.
> 2. Diversas teorías argumentan a favor de la responsabilidad contractual o extracontractual en estas situaciones.
> 3. Las instancias analizaron la existencia del contrato y encontraron que no se había formado una voluntad contractual.
>
> OCTAVO. A pesar de las discusiones sobre la naturaleza de los daños en las negociaciones precontractuales, el tribunal considera que no es relevante en este caso, ya que el tema central fue la existencia del contrato y no el daño en las negociaciones.

Por lo tanto, la Sala concluye que la apelación estaba bien dada y en consecuencia la casación se declara infundada. El tratamiento que hace la Sala de la Teoría de la responsabilidad precontractual, ha sido, al decir de Cieza Mora (2017) "epidérmica" (p. 103), o al decir de Geldres Campos (2017) "un tema controvertido" (p .201) y que -siguiendo a este último autor- pese a que la casación no tomó partido sobre el tema, "no obstante planteó la problemática señalando que sobre la responsabilidad precontractual existían dos posiciones en relación a su naturaleza jurídica: la primera que señala que la responsabilidad precontractual tiene naturaleza contractual, y la otra que señala que tiene naturaleza extracontractual." (p. 201).[583]

Pese a que la Sala desestimó el empleo de la doctrina de la responsabilidad precontractual, en el fundamento séptimo, expresamente la Sala reconoció que la naturaleza jurídica de la CIC está en debate. Como lo vimos anteriormente en los párrafos anteriores, parte de la doctrina se pronuncia en un sentido u otro (sea por la corriente contractual o extracontractual).

Asimismo, el debate general sobre la CIC en torno a su naturaleza jurídica, se concretiza y especifica en torno a la casación en cuestión, y pese a que la resolución casatoria menciona explícitamente los fundamentos doctrinarios de cada postura (contractual y extracontractual), al final la Sala desestima cualquier aplicación de responsabilidad precontractual al tema sub judice por cuanto estima que el contrato de arrendamiento no se concretó, formalmente hablando. Este extremo ha sido criticado por Bardales Siguas (2017), quien concuerda con la decisión plasmada en la resolución, aunque está en desacuerdo con el método utilizado para arribar a este resultado (o sea está en desacuerdo con la forma) que afirma:

583 Moreno More (2017) opina al respecto: "En sede nacional la naturaleza de la responsabilidad precontractual también es asunto controvertido." (p. 218).

> Así se estableció una relación de necesidad absurda entre contrato–incumplimiento de obligación-antijuridicidad y, por otro lado, inexistencia de contrato–inexistencia de obligación-ausencia de antijuridicidad. Este razonamiento, por supuesto, resulta absolutamente errado, toda vez que la antijuridicidad solo [sic] y únicamente se aplica para establecer si el daño cometido está o no autorizado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, la no celebración o celebración de un contrato no constituyen fuente de juridicidad o antijuridicidad. La única forma de salvar la "lógica" del razonamiento casatorio es considerar que los jueces de la sala y los vocales supremos aplicaron implícitamente el artículo 1971 de1 Código Civil, e1 mismo que señala que todo daño está autorizado cuando es producto de1 ejercicio regular de un derecho. Por tanto, al ser el desistimiento de la tratativa ejercicio de la libertad contractual la no celebración del contrato constituiría e1 resultado normal de ejercer un derecho.
>
> Sin embargo, esta idea debe ser descartada. Primero. porque tal ejercicio también podría ser irregular y, por tanto, materia de responsabilidad. Segundo, porque de acuerdo al artículo 1362 y 1969 del Código Civil, se estarían vulnerando tanto el deber de buena fe como el deber del *neminem laedere*. Cabe resaltar que incluso con lo dicho, la categoría de la antijuridicidad podría ser totalmente irrelevante para todo examen de daños pues como es conocido en nuestro medio jurídico se encuentra en discusión constante su calificación como elemento de la responsabilidad civil. (pp. 140-141).

Cabe resaltar que el numeral 1971 del CC peruano especifica los parámetros de la inexistencia de responsabilidad. "No hay

responsabilidad en los siguientes casos: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno", mientras que el numeral 1969 del CC peruano legisla sobre el principio *neminem laedere* (no ocasionar daños a otro), es decir sobre la indemnización por daño moroso y culposo: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor."

Por otra parte, Cárdenas Manrique (2017) está de acuerdo con esta sentencia casatoria porque "los correos solo contienen el requerimiento que hace el banco de determinados documentos en físico. En consecuencia, no se ha incurrido en ningún ilícito civil" (p. 157).

De otra parte, para Chang Hernández (2017), el caso no ha quedado zanjado y ha despertado zonas oscuras o ambiguas en la calificación jurídica de la CIC: "El presente caso, constituye, en efecto, un caso gris o fronterizo, pues no está definido claramente si el daño que habría sufrido la demandante proviene de una fuente contractual o extracontractual." (p. 4) y considera un exceso estudiar esta casatoria a partir de las reglas de la CIC: "A nuestro criterio, esta inclusión en el campo de acción de la *culpa in contrahendo* de los daños en las tratativas del contrato como tal es un exceso, pues en este caso existen las normas propias de la responsabilidad contractual si el contrato llega a celebrarse y si no las normas de la responsabilidad extracontractual." (p. 7), y concluye que el numeral 1362 es solamente aplicable a situaciones jurídicas donde el contrato llegue a concluirse:

> En efecto, por nuestra parte creemos, que el artículo 1362 del Código Civil, no podría ser fundamento para sustentar un resarcimiento por la ruptura injustificada de las negociaciones, precisamente porque no se llegó a

> celebrar el contrato y dicha norma solo [sic] es aplicable a las relaciones contractuales y el hecho que la tantas veces referida norma haga alusión a que "Los contratos se negocian (.) según la buena fe (.)" se refiere solo – a nuestro entender- única y exclusivamente a los casos en que el contrato se llegue a celebrar, todo ello en consonancia con el artículo 1351 de nuestro Código Civil que prescribe que los contratos son el acuerdo de voluntades y con el artículo 1359 del mismo Código que exige que no habrá contrato mientras no haya conformidad entre las partes sabre todas las estipulaciones del contrato; en consecuencia, en caso contrario -como hemos dicho- de no existir contrato y solo [sic] quedarse en fase de las negociaciones, es perfectamente válido, de haber daños, invocar un resarcimiento por vía extracontractual. (p. 198).

H. Venezuela

El artículo 1160 del Código Civil de Venezuela establece que:[584] "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley."

Por su parte, el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles de Venezuela[585] señala:

> Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la

584 Código Civil de Venezuela. (CCV). Art. 1160. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 32.858, del 26 de julio de 1982 (Venezuela).

585 Código de Procedimiento Civil de Venezuela [CPCVE]. Art. 12. G. O. (4209E) 18/9/1990 (Venezuela).

> equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

A partir de estos numerales se podría predicar la aplicabilidad por analogía de la responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico de Venezuela; sin embargo, Lupini Bianchi (2014) advierte que esa inclinación simplista sería un desatino: "Constituye un error garrafal la aplicación analógica de esta norma (art. 1160) a la fase precontractual, habida cuenta de sus antecedentes legislativos y de las consideraciones técnicas expresadas al comentar la doctrina francesa al respecto" (p. 193). Y luego sentencia categóricamente:

> Resultaría ciertamente sencillo, a los efectos de cortar este nudo gordiano, recurrir *manu militari* al mecanismo de la analogía, pero ello también sería un dislate importante, que abriría el flanco a las críticas de los cultores de la teoría de la interpretación de la filosofía jurídica. Quizás por ello, la doctrina venezolana, en bloque, no concebía la extensión de la aplicación de la norma de la buena fe *in executivis*, a la fase precontractual. (p. 194).

De modo que para sustentar el fundamento jurídico de la responsabilidad precontractual, Lupini Banchi (2014) no cree que por el hecho que dos partes nunca hayan tenido un contacto social

previo no puedan aplicar el postulado del principio general de la buena fe que ilustra e ilumina todo acontecer humano, incluyendo la esfera extracontractual (p. 202). En tal sentido es que se introdujo el principio del abuso del derecho en 1942, en el siguiente sentido:

> ARTÍCULO 1185 del CCV:[586] El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Con respecto a la aplicación de la buena fe dentro del eje del abuso del derecho, es decir, al respecto de la incardinación de la doctrina del abuso del derecho dentro de la Plataforma extracontractual, Lupiani Bianchi (2015) piensa que la jurisprudencia no ha tendido un desarrollo satisfactorio frente al tema:

> La ubicación del abuso del derecho en nuestro sistema no ha sido particularmente feliz, a1 incluirse la figura en la norma del hecho ilícito, lo cual ha suscitado discusiones acerca del criterio allí recogido y decisiones jurisprudenciales que exigen el dolo o la mala fee n sentido subjetivo, para su aplicación. (p. 204).

Ahora bien, en la búsqueda del principio jurídico de la naturaleza de la responsabilidad precontractual, el Código Civil de Venezuela plantea el numeral 1148 que versa sobre el error en la etapa de formación del contrato, señalando:[587]

586 CCV. Art. 1185.

587 CCV. Art. 1148.

> Artículo 1.148 El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato. Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato.

De modo que conviene estudiar también el artículo 4 del Código Civil, que señala:[588]

> A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.
>
> Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.

De esta forma, Lupiani Bianchi (2015) concluye manifestando que el artículo 1160 del Código Civil de Venezuela no puede aplicarse analógicamente, pero que por tenor del artículo 4 del Código Civil, el principio jurídico de la buena fe que es un principio general informador del derecho civil, debe emplearse:

> A la luz de las anteriores consideraciones, una vez que se llegue a la conclusión que existe un principio general del derecho que exige que los sujetos deben proceder de

588 CCV. Art. 4.

> buena fe durante la fase precontractual y de que no puede aplicarse por analogía al caso el artículo 1160 del Código Civil (relativo a la buena fe *in executivis*) es con fundamento en el artículo 4 del Código Civil que cabe predicar la aplicación de dicho principio, como fuente del derecho aplicable al caso concreto. Se trata de un caso de heterointegración de una laguna del ordenamiento jurídico, expresamente autorizado por el legislador. (p. 216).

Por otra parte, en el año 2009 la Asamblea Nacional de Venezuela promulgó la Ley de Arbitraje Comercial[589] que establece que los árbitros pueden aplicar los Principios Unidroit (tema que veremos en el próximo epígrafe). En específico el numeral 27 establece esta potestad:

> Artículo 27. Los árbitros, en su labor de interpretar o complementar el derecho aplicable al arbitraje, podrán recurrir a los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNIDROIT).

Posteriormente veremos este tema, simplemente por ahora cabe resaltar la vinculación de manera somera. Los Principios de Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) basan su legislación en la "buena fe". Por ejemplo, el artículo 2.1.15 que se refiere a las negociaciones de mala fe dice:

> (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de

589 Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (LAC). (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 39.330, del 21 de diciembre de 2009 (Venezuela).

> las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.

De esta manera, a través de una norma de remisión de la LAC, la ruptura "maliciosa" (injustificada) de negociaciones preliminares alumbra el hontanar jurídico en la esfera del arbitraje.

4. LA FIGURA DE LA CIC EN NORMAS Y PROYECTOS EUROPEOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A continuación, estudiaremos los proyectos de armonización del Derecho contractual europeo a partir de la segunda mitad del Siglo XX hasta la actualidad. Uno de los grandes retos para la Unión Europea, hasta la actualidad, es tratar de armonizar y homogeneizar su variopinto modelo contractual. Veremos a continuación que muchas de las propuestas gozan de la jerarquía de "guías" o como se conoce en inglés "s*oft law*", lo que significa que son principios que las partes pueden adaptar o no (Ferreri, 2009, p. 88).

A diferencia del *soft law*, veremos también otro cuerpo de normatividad (como el UNIDROIT) que ha pasado a formar parte de una *lex mercatoria*,[590] o sea, un cuerpo normativo internacional que los árbitros usan para resolver las controversias que son materia de su análisis, y cuyo uso juridicial -de oficio- es harto discutido, como se verá a continuación, como por ejemplo el caso de Venezuela donde el

590 Para León Robayo (2015) "se trata entonces de un nuevo orden "… que, trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional." Este sistema ha sido reconocido por la doctrina con diferentes nombres, entre los cuales se destacan: "nueva *Lex Mercatoria*", "*ius mercatorum*", "*new law merchant*", "*Lex Mercatoria* internacional", "derecho mercantil internacional", "derecho internacional transnacional", "derecho consuetudinario internacional", "usos internacionales", "reglas comerciales internacionales", "reglas anacionales", "reglas transnacionales" o "derecho uniforme del comercio internacional." (p. 399).

juez puede usar los Principios Unidroit aun cuando las partes hayan guardado silencio sobre su uso en un contrato. Sin embargo, como lo expone Espina (2009: 106) y como lo veremos a continuación, los Principios Unidroit tienen aplicación directa cuando las partes acuerdan que su contrato sea regido por ellos o incorporados en él.

Sin embargo, los Principios Unidroit guardan una contradicción interna dentro del preámbulo III y IV por cuanto en el tercer postulado del preámbulo se manifiesta que los Principios podrán ser utilizados cuando las partes las incorporen expresamente o hagan mención en su contrato a una "lex mercatoria" o algo parecido; sin embargo, en el cuarto postulado del preámbulo manifiesta que si las partes guardan silencio,[591] los Principios pueden aplicarse de manera supletoria para complementar o integrar un contrato. Esta dicotomía es motivo de no pocos quebraderos de cabeza, y, aunque no es nuestro tema medular, trataremos tangencialmente sin desviarnos de nuestro tema conceptual. En este sentido Perales Viscasillas (2009: 160) considera que "la práctica arbitral y jurisprudencial demuestran que cada vez más los Principios se aplican como normas jurídicas, aunque las partes no los hayan incluido ni expresa ni implícitamente en sus contratos." Por otro lado, Beraúdo (199:302) considera que "no es cierto que el Reglamento Roma 1 permita al juez aplicar los Principios en las situaciones donde las partes no los han elegido."

Por su parte, el parágrafo 7 del preámbulo[592] explica que estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional, con lo cual sentencia el carácter supletorio de su naturaleza jurídica y de su aplicabilidad cuando las partes lo dispongan, quedando en todo sentido pendiente la contradicción

591 Principios de Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT). III, IV Preámbulo. 2004. En adelante "UNIDROIT" o "Principios Unidroit".

592 UNIDROIT. VII Preámbulo.

con el numero 4to del preámbulo que sugiere que su aplicabilidad es de oficio y no a voluntad de parte.

Este tipo de situaciones han generado controversias en el derecho nacional, por ejemplo, en el de España, cuyo numeral 1258 claramente estipula que:[593] "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley." Y este artículo habría que cotejarlo con aquel otro 2.1 del Código de Comercio que paladinamente estipula: "Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común."[594]

Con estas contradictorias visiones partiremos a analizar estas normatividades y esfuerzos por sistematizar y armonizar el derecho contractual y mercantil internacional sin perder de vista nuestro tema principal.

4.1. Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios Unidroit o Convención de Roma o Instituto de Roma o PCCI)

UNIDROIT es una organización independiente intergubernamental con sede en Roma. En el año 1926 fue un organismo auxiliar de la Liga de Naciones, y reestablecido en 1940 tras la caída de la Liga de Naciones en base a un acuerdo multilateral. Para el tema que nos

593 CCE. §1258.

594 Código de Comercio español (CCoE). §2.1. Aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885. (España).

convoca revisamos los Principios UNIDROIT en su versión del 2004. Haciendo un poco de historia, Oviedo Albán (2002) nos narra que:

> En el año 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado *Civil Law*, del *Common law*, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los *Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español. (p. 99).

En efecto, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, trabajó estos principios en 1994, con una nueva formulación en el 2004, y que, como lo exponen Aguirre Andrade y Manasía Fernández (2006): "tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme." (p.51). Los Principios han sido definidos, como un "conjunto de reglas utilizadas en el ámbito internacional por la creciente sociedad cosmopolita" (p. 50).

Los Principios tienen un radio de actuación más amplio que el de los CISG (*Convention of International Sale of Goods*, Convención of

Viena), por cuanto los Principios Unidroit se refieren a todo tipo de contratos, mientras que el CISG se refiere solamente a los contratos de compraventa (Oviedo Albán, 2002, p. 105).

Otro aspecto interesante de resaltar es que los Principios Unidroit está considerado por la doctrina como parte de la *Lex Mercatoria*,[595] o sea como parte del derecho internacional mercantil que entra a actuar cuando las partes lo adoptan en sus contratos (Oviedo Albán, 2002, p. 105).

En este sentido la doctrina piensa que el Unidroit es parte de una *lex mercatoria*, de un derecho internacional mercantil que nace como fruto de la experiencia y las costumbres, a diferencia de otros proyectos –de alta alcurnia también- pero cuya raigambre desciende de la cientificidad prodigada por los profesores, juristas o intelectuales. Sin embargo, dar vida a un derecho internacional mercantil o contractual no significa la imposición de un único sistema planetario (Galgano, 2009, p. 23).

En el mismo sentido, Galgano (2009) dice a este respecto:

> La analogía - corre entre el derecho y el idioma. Así como cada idioma nacional tiene su capacidad expresiva propia e inigualable, cada derecho nacional ofrece oportunidades propias de regulación. Globalizar el derecho no significa necesariamente dar vida a un único derecho planetario. Sin embargo los idiomas nacionales poseen una riqueza expresiva que nadie puede pensar en suprimir, como nadie puede pensar en suprimir los derechos nacionales. También

595 "*Lex mercatoria* es una expresión que tiene un carácter oculto. Quiere aludir al renacimiento, en la época moderna, de un derecho universal, tan universal como lo fue el derecho de los mercaderes en el Medioevo... Las reglas de derecho que integran la *lex mercatoria* son, en algunos aspectos, el fruto de la generalización de principios vigentes en algunos sistemas estatales, de conformidad con los usos del comercio internacional" (Galgano, 2009, pp. 20-21).

> esto es un modo de globalizar el derecho, no imponiendo a todos un mismo sistema planetario de reglas, pero permitiendo a todos alcanzar desde el planetario emporio de las creaciones jurídicas. (p. 23).

Por otra parte, la individualidad del derecho de cada Estado no colisiona con la necesidad de uniformar criterios y principios. A este respecto es atinente la observación que hace Galgano (2009) sobre el *Uniform Commercial Code* (*UCC*), de los Estados Unidos, al señalar que "tampoco nada se perdió en el fracasado intento de unificarlo en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos" (p. 25). Es importante aclarar que el UCC no es un código a tenor de las exigencias del *civil law*, es una mera guía para que las partes usen los principios de los contratos sobre venta de bienes, mas no de servicios. A partir del UCC, cada Estado tiene su propio UCC que refleja los grandes principios del UCC federal: en este sentido discrepamos con el epíteto de "intento fracasado" que Galgano (2009, p. 25) refiere en su comentario, puesto que los principios del UCC –como veremos en el capítulo III y IV- son actuales y enjundiosos.

Pero pese a este comentario, Galgano (2009: 24) procede a enunciar un caso de la experiencia americana donde "una empresa californiana vende en Virginia, ella no vende al extranjero, vende en el propio mercado; sin embargo, el derecho californiano y el de Virginia son distintos, a excepción de las mínimas uniformidades impuestas por las leyes federales. Y si hay un país que tiene un sentido profundo de la identidad cultural este es verdaderamente, a pesar de la fragmentación del derecho privado de cada Estado, el País que se conoce bajo el nombre de los Estados Unidos de América."

No entendemos cuál es la base de Galgano para afirmar que el derecho de California es distinto al de Virginia. El UCC aplica para contrataciones entre mercaderes (compañías o empresas) o partes de una transacción, pero los impuestos de venta de bienes que se

pagan en un Estado pueden ser diferentes del otro. Sin embargo, al margen de estas digresiones intelectuales el punto de Galgano es la necesidad de crear un cuerpo de principios internacional –cual Unidroit- que funcione y respete las diferencias de derecho interno de cada país. Sin embargo, la enorme diferencia es que en los EE.UU. el UCC sí sirve como guía para todas las transacciones sobre venta de bienes, y el derecho privado interno solamente brinda ciertos matices en su UCC interno, pero la columna vertebral es proporcionada por el UCC.

De otra parte, un tema recurrente con respecto a los Principios Unidroit es el de determinar su naturaleza jurídica en el espectro comercial o mercantil internacional. Para un sector de la doctrina, "los Principios Unidroit han sido considerados una recopilación de soluciones a casos que frecuentemente ocurren en el campo de las relaciones internacionales de índole comercial. Ello ha motivado a que en el estudio de los mismos se haga alusión a los *Restatement of Contrats*." (Aguirre Andrade y Manasía Fernández, 2006, p. 53).

Esta semejanza de los Principios Unidroit a los *Restatement de los Contratos* de los EE.UU. hace pensar que la inspiración del grupo de trabajo (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) se hizo en función al modelo americano de los Restatements bajo el cual la normatividad es solamente un *soft law o una guía* (*guideline*) mas no una norma de aplicación obligatoria. Este punto es interesante recalcar por cuanto la doctrina se quiebra la cabeza pensando si los Principios Unidroit podrían utilizarse cuando las partes hayan guardado silencio en la elección del derecho a aplicarse a su contrato particular. Un sector de la doctrina piensa que el Juez podría aplicar los Principios Unidroit de oficio. Por su parte, Aguirre Andrade y Manasía Fernández (2006) lo explican de la siguiente forma:

> De acuerdo con lo dispuesto en los precitados artículos, se trata de determinar el grado de inmediación que tiene el juez para aplicar los Principios Unidroit a los fines de resolver una controversia al haber omitido las partes la selección del derecho. En tal sentido, se formulan dos interrogantes: ¿debe el juez aplicarlos únicamente a instancias de algunas de las partes, o por el contrario ¿puede el juez aplicar de oficio los Principios Unidroit? La respuesta a la primera interrogante se encuentra contenida en el Preámbulo de los Principios Unidroit; éste, contentivo del propósito de los principios, lo expresa de manera inequívoca cuando señala que ellos deberían aplicarse cuando las partes hayan acorado el someter el contra sus disposiciones o cuando el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes... La segunda interrogante amerita un análisis relacionado con la aplicación de normas imperativas. Tomando en cuenta que en cuanto a la naturaleza jurídica de los Principios Unidroit, estos se equiparan a la *lex mercatoria* y a los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional, fuentes no objetivadas del derecho preestablecidas en los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privada, y al no establecerse como condición que su aplicación resulte de la solicitud por las partes, no existe obstáculo para que el juez, de oficio, aplique los Principios Unidroit, resguardando el orden público venezolano. (pp. 72-73).

A esta conclusión arriban estos autores porque parten del análisis de unas normas internas en Venezuela (Ley de Derecho Internacional Privado de 1998) que estipulan que el juez puede utilizar los principios generales del derecho privado internacional cuando las

partes hayan obviado toda mención a la elección de la ley que regiría el tramado contractual.[596]

Sin embargo, asumir un principio o una guía como fuente del derecho y parte del derecho internacional privado a ser usado por un juez en la resolución de un caso, es un exceso. Tomemos el caso del principio de buena fe en la etapa negocial. Como venimos estudiando, de acuerdo al RINP, la buena fe es un elemento clave en la etapa negocial cuya ruptura desencadena la obligación de indemnizar, pero este principio de buena fe no está asumido como elemento del PE en el *common law* americano, de modo que mal podría hacer un juez en asumir como verdad absoluta este principio que no está del todo zanjado.

No obstante, ello, el carácter jurídico de la fuerza vinculante de los Principios Unidroit está cada día siendo concretada. Estos principios son el resultado de la comunión jurídica de un esfuerzo jurídico de muchas naciones (no solamente europeas) en la construcción de un derecho comunitario internacional que supere los potenciales problemas de conflicto de leyes a aplicar en casos concretos. Si bien es cierto que sus principios están redactados para ser guías, su misión o hasta su ambición es la de constituir un cuerpo de derecho comercial internacional, sobre todo cuando los laudos arbitrales echan mano de estos Principios para respaldar sus opiniones sobre casos que se basan en situaciones que envuelven el

596 Artículo 30. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.
Artículo 31. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, §30-31. 1998.

derecho comercial internacional. En este sentido Galgano (2009) lo expone de la siguiente forma:

> UNIDROIT elaboró de la *lex mercatoria* una recopilación orgánica. Esta tiene el título de "Principios de los contratos comerciales internacionales", divulgados en los principales idiomas de nuestro tempo [sic]. UNIDROIT no tiene, bien entendido, la pretensión de legiferar. No tiene la autoridad por esto. Son los laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como "fuente atendible del derecho comercial internacional. (p. 21).

En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobe Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) –nos dice Perales Viscasillas (2009:172)- celebrada en México D.F. de 14-18 de marzo de 1994 ("Convenio de México"), estipula en su numeral 9.2 que: "El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales."[597] Asimismo, el numeral 10 de dicha norma establece: "Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto."[598]

---

597 Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V), art. 9.2., del 17 de marzo de 1994. En adelante "CIDIP-V".

598 CIDIP-V. § 10.

Esta coincidencia temporal e histórica entre el Convenio de México (de marzo de 1994) y los Principios Unidroit (de abril de 1994), no es mero accidente, como lo sostiene Beraúdo (2009:302) al decir que "varios de los juristas que participaron en los grupos de UNIDROIT sobre capítulos de los Principios eran los mismos presentes en Tucson, Arizona, cuando se adoptó el texto de lo que los diplomáticos hirieron el convenio de Méjico."

Asimismo, algunos Estados han incluido taxativamente la aplicación de los Principios Unidroit a su legislación interna,[599] caso de la Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá de 1999, cuyo numeral 27 estipula: "El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, tendrá en cuento los usos y prácticas mercantiles y los principios del os contratos de comercio internacional de UNIDROIT."[600]

Seguidamente Galgano sentencia claramente que los Principios Unidroit son más que meras guías, con lo cual la equiparación entre los Principios con el Restatement, sería imprecisa por cuanto los Principios tendrían rango de ley y no meramente de "guías" (guideline" como lo son los Restatements. Galgano (2009) explica:

> Aprecio cierta tendencia de la literatura contemporánea consistente en poner en el mismo plano, como si se tratase de otras tantas propuestas de nuestra legislación, los Principios UNIDROIT de un lado y proyectos de codificación europea de otro, como el proyecto Lando y otros proyectos

599 El tema de la aplicación de la CIC a los Estados y el derecho público ha sido motivo de estudio por parte de Dachenhausen (1983) quien considera que la CIC es aplicable a los Estados del mismo modo que lo es a los individuos (p. 106), y analiza cómo el gobierno alemán violó el Tratado de Versalles al rearmarse y cómo esto fue visto como un acto de mala fe (pp. 53-54).

600 Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá, art. 27, del 10 de Julio de 1999.

> análogos. Debe quedar bien claro que los Principios UNIDROIT son derecho vigente, como tal aplicado por los laudos arbitrales, mientras el resto de proyectos señalados son solamente propuestas, entre otras cosas privadas de toda oficialidad. Los primeros son la reconocida fuente de cognición de la *lex mercatoria*, cuya fuente de producción es la costumbre. (p. 21).

Los Principios de Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)[601] basan su legislación en la "buena fe". Por ejemplo, el artículo 2.1.15 que se refiere a las negociaciones de mala fe dice:

> (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es de mala fe, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones cuando tiene la intención de no llegar a un acuerdo con la otra parte.[602]

Como hemos visto anteriormente, la RINP se basa en la violación al deber de negociar de buena fe, como claramente lo asevera el artículo 1337 del CC italiano.[603]

Asimismo, también observamos cómo el *common law* americano tenía otras figuras aledañas a la PE, cuales son la *misrepresentation*, y la *restitution*, mientras que el *civil law* solamente posee la RINP, aparte de las mutuas figuras como el fraude por supuesto.

---

601 Principios de Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit). 2004. En adelante "UNIDROIT" o "Principios Unidroit".

602 Unidroit. §2.1.15.

603 Esta figura de la buena fe, como ya lo vimos anteriormente, no es un elemento constitutivo del PE.

Una pregunta que parece que viene como anillo al dedo con respecto a qué cuerpo de leyes internacionales prevalece el uno sobre el otro, o sea, si los principios de UNIDROIT (que reconoce la buena fe en la etapa preliminar de las negociaciones) o del UNCITRAL (que no reconoce la buena fe dentro de las etapas preparatorias), es sobre si ambos cuerpos legales internaciones pueden (¿o deben?) utilizarse complementariamente, bajo el postulado del artículo 1.7 del Unidroit, que manifiesta al referirse a la buena fe y trato justo que:[604] "(1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber."

Por su parte DiMatteo (1998: 76) piensa que los Principios Unidroit pueden plantearse supletoriamente con los principios del Uncitral. Si bien es cierto esta aspiración resulta atractiva desde un plano teórico, pensamos que tal asimilación puede ser peligrosa en el plano práctico, puesto que un país que por ejemplo haya suscrito el CISG, pero no los Principios Unidroit, puede verse sumergido en un *mare magnum* de interpretaciones sobre la obligatoriedad de usar la buena fe como principio rector en la etapa negocial.

Por otra parte, es importante referirnos al tratamiento de los Principios Unidroit de la obligación de informar. Asimismo, de igual forma que el PECL trató el tema de la confidencialidad y la obligación de confidencialidad en el tramado precontractual, los Principios Unidroit coincidentemente tocan este tema en su artículo 2.1.16, que al referirse al deber de confidencialidad prevé que:

> Cuando la información es dada como confidencial por una de las partes en el curso de negociaciones, la otra parte tiene el deber de no divulgar esa información o utilizarla indebidamente para sus propios fines, se celebre o no

604 Unidroit. §1.7.

> posteriormente un contrato. En su caso, la reparación por el incumplimiento de ese deber podrá incluir una indemnización basada en sobre el beneficio recibido por la otra parte.[605]

Como se puede apreciar, los Principios Unidroit coinciden con los PECL en el sentido de imponer la obligación de confidencialidad en la etapa precontractual o de negociaciones, aunque no se concluya el contrato.

4.2. Regulación No. 864/2007 de la Unión Europea (Reglamento Roma II)[606]

Esta normativa del 11 de Julio del 2007 versa sobre el tema de la ley aplicable a obligaciones no-contractuales o, mejor dicho, las obligaciones extracontractuales, dada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (en adelante "RRII". Asimismo, el Reglamento EC 503/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 4 de julio de 2008 (en adelante "Roma I" o "RI"). Ambos Reglamentos se enmarcan en la sección de "Libertad, seguridad y justicia" de la Unión Europea, siendo el primero de los cuales que regula la CIC.

Cabe resaltar la sección 30 del Preámbulo del RRII que claramente se refiere a la CIC de la siguiente forma: "*Culpa in contrahendo a* los efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no necesariamente debe ser interpretado en el sentido de la legislación nacional. **Debería incluir la violación del deber de divulgación y la ruptura de las negociaciones contractuales**. El artículo 12 cubre sólo

605 Unidroit. §2.1.16.

606 Reglamento (CE) núm 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199/40). 31 de Julio de 2007.

obligaciones extracontractuales que presentan un enlace directo con los tratos previos a la celebración de un contrato."

Como vemos, el preámbulo de forma paladino explica que la CIC se entrelaza con dos obligaciones en el tramado precontractual, cual es el de la obligación de informar y el referido a las negociaciones contractuales. Sin embargo, la referencia a ambos deberes es de manera pálida y hasta modesta, un poco nublado la referencia al concepto de CIC.

Por su parte, la referencia al artículo 12 del RRII brinda un poco más de luz cuando estipula en sus dos incisos:

> 1. La ley aplicable a una obligación extracontractual nacida de tratos previos a la celebración de un contrato, independientemente de que el contrato haya sido efectivamente celebrado o no, será la ley que se aplique al contrato o que le hubiera sido aplicable si se hubiera celebrado. 2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base del párrafo 1, será: (a) la ley del país en el que se produzca el daño, independientemente del país en el que haya ocurrido el hecho que dio lugar al daño e independientemente del país o países en los que ocurrieron las consecuencias indirectas de ese evento; o (b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que ocurre el hecho que dio lugar al daño, la ley de ese país; o (c) cuando se desprenda de todas las circunstancias del caso que la obligación extracontractual que surge de las transacciones anteriores a la celebración de un contrato está manifiestamente más estrechamente relacionada con un país distinto al indicado en las letras (a) y (b), la ley de ese otro país.

La mención y referencia que hace el numeral 12 de la Regulación en mención sobre la ley aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual en el supuesto de no producirse el contrato por una ruptura de negociaciones preliminares, no hace sino reforzar la idea que el RINP está muy vinculado al tema de la responsabilidad extracontractual, cosa que no lo está el PE.[607] Con esta subsunción normativa del RINP a las normas procedimentales de la responsabilidad extracontractual el concepto del RINP se arraiga en las raíces conceptuales de la responsabilidad extracontractual donde siempre existe –como planteamiento teórico inicial- la ruptura de un deber, en este caso del deber de negociar de buena fe.

Como si estos numerales fueran poco, el Artículo 2 trae una noción más clara de esta relación que venimos atisbando entre la responsabilidad extracontractual con el RINP. Tal numeral expone:[608]

> 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por daño toda consecuencia derivada de un *tort*, enriquecimiento injusto, *negotiorum gestio* o *culpa in contrahendo*. 2. El presente Reglamento se aplicará también a las obligaciones extracontractuales que puedan surgir. 3. Cualquier referencia en el presente Reglamento a: (a) un

607 Fernández Pérez (2015) comenta al respecto: "La *culpa in contrahendo* se configura en el art. 12 del RR II como un concepto autónomo que incluye la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. Dicho precepto cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato estableciendo al efecto una conexión principal en el párr. 1, «la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado» y dos conexiones particulares en las letras a) y b) del párr. 2 en caso de que dicha ley no pueda determinarse: la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que tiene lugar el hecho generador del daño, o en su caso, a la ley del país en que se hubiera producido el daño directo, con independencia del país en que radique el acontecimiento causal o el hecho generador del daño." (p. 103).

608 Reglamento (CE) núm 864/2007 §2. 31 de Julio de 2007.

> evento que da lugar a daños incluirá los eventos que dan lugar a daños que es probable que ocurran; y (b) los daños incluirán los daños que puedan ocurrir.

Como se comprenderá, la jerarquía de los torts –que no es sino la responsabilidad extracontractual- queda equiparada con el concepto de la CIC.

Por su parte, algunos autores piensan que los problemas que plantea el artículo 12.1 y 12.2 en la práctica se refieren a la falta de certeza provocada por la incertidumbre del hecho que el contrato no se realice y por lo tanto resulta incierto el lugar cuya ley será la rectora. En ese sentido, Arenas García (2008) opina en este sentido:

> Nunca tendremos la certeza absoluta de cuál sería el derecho rector del contrato en caso de concluirse, aunque nada más sea porque antes de dicha conclusión podrían las partes haber realizado una elección de ley o modificado la que tuviera reflejo en las negociaciones existentes. Ahora bien, tampoco nos encontraremos nunca con una incertidumbre absoluta acerca de la ley del contrato hipotético. Por poco avanzadas que estén las negociaciones siempre existirán elementos que, de alguna forma, permitan aventurar cuál podría ser ese derecho rector. (pp. 17-18).

Una posible solución de la regla 12.1, continúa Arenas (2008: 23), es que la Convención Roma II debería separar y delimitar los escenarios de ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP) de los casos de responsabilidad por vulneración de los deberes de información (que es otro aspecto de la CIC). Y es esto lo que venimos enfatizando y explicando, que la CIC es una especie con dos subespecies derivadas del deber de informar (harto asequible a la responsabilidad extracontractual) o del deber de negociar de buena fe

(que es la médula central de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, RINP, materia de comparación con el PE).

En función a los artículos arriba citados, queda claro que este reglamento se refiere a la CIC y a la RINP, y que, sin entrar en detalles con respecto a las figuras de una u otra institución, explica que la ley aplicable en caso de un contrato o de un "tort" (responsabilidad extracontractual) será la ley del lugar donde se produjo el daño, y en el caso de los negocios preliminares, se entenderá la ley del lugar donde se pudo haber concluido el contrato, pero que se interrumpió, con clara alusión al RINP.

A propósito de este artículo, queda claro que se asume el principio putativo de utilizar la ley donde el contrato pudiera haber desplegado sus efectos. La doctrina de mano de Hage-Chahine (2012) nos trae interesantes escenarios.

> **Primer Ejemplo**: una compañía americana vende sus acciones de una compañía francesa sin informarle que está a punto de paralizar sus operaciones en los Estados Unidos. La compañía francesa demanda a la americana por no haber divulgado esa información material en la etapa pre-negocial que podría haber impactado en el valor de las acciones. De acuerdo a la ley francesa, la compañía americana sería responsable por esta omisión, mas no en el derecho americano que (como lo veremos más adelante) rige el principio del *caveat emptor* (donde no existe la obligación del vendedor de divulgar información a la otra parte: "*let the buyer beware*" o que el comprador se dé cuenta). (p. 453).

En este escenario, se estima que hay un contrato finalizado, y como tal, la responsabilidad precontractual no tiene cabida. Entonces,

la ley aplicable para resolver este caso lo encontramos en el artículo 4(1) de la Regulación de Roma que a la letra dice:[609]

> 1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

Otro escenario que nos trae Hage-Chahine (2012) es el siguiente:

> **Segundo Ejemplo**: tenemos el caso de una compañía inglesa potencial vendedor de bienes a una compañía francesa potencial comprador. Durante las extensas negociaciones, la compañía inglesa rompe abruptamente las negociaciones preliminares con la compañía francesa. La compañía francesa entabla una demanda de daños y perjuicios por los daños incurridos durante la negociación a causa de la confianza generada por la compañía inglesa. Bajo la legislación francesa, la compañía inglesa sería responsable por el daño emergente, mas no bajo la legislación inglesa donde no existe este tipo de responsabilidad por violación del deber de negociar de buena fe (p. 538).

En este caso, la ley aplicable es el Artículo 12(1) que es la ley putativa, o sea la lex *contractus putativus*, o la ley que se habría aplicado de haberse concluido el contrato. Es decir, si se hubiera concluido el contrato, la ley aplicable es la del lugar habitual de residencia del vendedor, que en caso es del vendedor. Este resultado

609 Reglamento (CE) núm 864/2007 §4.1. 31 de Julio de 2007.

podría reputarse como ineficiente e injusto porque podría erigir un obstáculo en la iniciativa de las partes en las negociaciones comerciales. (Hage-Chahine, N., 2012, p. 538).

Finalmente, un tercer escenario que Hague-Chaine (2012) postula:

> **Tercer caso**, una compañía inglesa entra en negociaciones con una compañía americana para que esta última le venda tierra en Alemania. Ya avanzadas las negociaciones, la compañía americana rompe las negociaciones y la compañía inglesa entabla una demanda para recolectar daños y perjuicios por concepto del daño emergente. p. 453.

Este autor piensa que de acuerdo a las legislaciones del demandante (Reino Unido) o demandado (Estados Unidos) el demandante no podría accionar para una indemnización de su interés negativo (daño emergente) dañado, pero que sí lo podría hacer usando legislación de Alemania que permite este tipo de acciones y resarcimientos (Hague-Chahine. 2012, pp. 453-456).

Como este caso no ha concluido en un contrato, entonces la ley gobernante en cuanto a venta de tierras tiene que ser interpretada a partir de la Regulación Roma I, artículo 4(1) que es la ley del país donde la propiedad está situada, que en este caso es Alemania, cuya legislación hace responsable al demandado por romper las negociaciones de mala fe (Hague-Chahine, 2012, p. 538).

El texto del artículo citado (4.1) DE la Regulación Roma I estipula:[610]

610 Reglamento No 593/2008 Del Parlamento Europeo y Del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) §4.1. 17 de junio de 2008.

> 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble.

El problema que surge en estos casos es determinar el lugar donde se produjo el daño, toda vez que la parte demandante interrumpe las negociaciones preliminares en un lugar, pero dichas comunicaciones son receptadas en otro lugar diferente.

De acuerdo a las tradicionales reglas del derecho internacional con respecto a los conflictos de leyes, existen dos pasos a seguir para determinar la jurisdicción del caso: 1º) la categorización o clasificación del hecho en el espectro normativo (*torts*, contratos, matrimonio, sucesión, etc.), y; 2º) la aplicación de la norma que corresponda a la categoría ya determinada. Por ejemplo, en el caso de responsabilidad extracontractual, la norma a aplicarse es la ley del lugar donde se produjo el daño (*lex delicti*), mientras que, para la responsabilidad contractual, es la ley donde se celebró el contrato (*lex contractus*).

Sin embargo, lo que hace el artículo 12 de la Regulación de Roma II es subvertir este esquema y utilizar la ley del lugar donde se negocia el contrato, es decir, la ley putativa contractual (*lex contractus putativus*) donde el contrato se hubiera firmado, según Hage-Chahine (2012, pp. 462-464). Esta caracterización extracontractual de la responsabilidad precontractual va de la mano con la Convención de

Bruselas de Setiembre 27, 1968, que es recogido por la Corte Europea de Justicia en el caso *Tacconi*,[611] donde expresamente caracterizó de extracontractual la ruptura injustificada de negociaciones preliminares como una responsabilidad extra contractual o simplemente no contractual, tal como lo expone Hage-Chahine. (2012, p. 466).

Ahora bien, con respecto al tema de la CIC, como ya sabemos, hay dos situaciones: la primera se refiere a situaciones que provocan la invalidez de un contrato, como por ejemplo casos de coerción o representación falsa, y otros caos donde se ha violado el deber de divulgar[612] o de informar, en cuyo caso el contrato no hubiera nacido si el hecho dañoso no se hubiera producido.

Entonces de acuerdo con la interacción entre el numeral 12 con el 30 del Reglamento II (arriba reseñados), la RINP puede solucionar el problema porque se alude a casos en los que existe una ruptura injustificada de tratos preliminares.

Ahora bien, estudiemos el caso *Tacconi* que es un caso emblemático para entender cómo funcionan estas leyes. En este caso, el demandante Tacconi entabla demanda una indemnización como reparación del perjuicio que afirma haber sufrido como consecuencia de que la demandada incumpliera las obligaciones de buena fe en el tramo precontractual o negocial previo a un contrato. En efecto, en la Convención de Bruselas, del 27 de Setiembre de 1968, dice en su artículo 5 numeral 3: "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 3.

611 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik* GmbH (HWS), STJUE 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00 (2002).

612 En cuanto al deber de divulgar, Kessler (1964) menciona el concepto de "responsabilidad por conducta culpable" y el "deber aumentado de divulgar". (pp. 448-449).

en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso"[613]

En este caso, la ley que se aplica es la ley donde se produce el daño y no donde se origina el daño. Los hechos son así: El 23 de enero de 1996, Tacconi demandó a HWS ante el *Tribunale di Perugia* con el fin de que se declarara que HWS y la sociedad de arrendamiento financiero B.N. *Commercio e Finanza Spa* ("BN") no habían celebrado un contrato de venta de una fundidora automática que HWS se comprometió a vender a BN, siendo así que BN y Tacconi ya habían celebrado, con consentimiento de HWS, un contrato de arrendamiento financiero que tenía por objeto la citada fundidora automática. Ante la negativa injustificada de HWS de vender tal maquinaria a BN, ésta se vio imposibilitada de completar el contrato de arrendamiento con Tacconi. Según Tacconi, no se había celebrado el contrato entre HWS y BN debido a la negativa injustificada de HWS a proceder a la venta y, por consiguiente, debido al incumplimiento por la citada sociedad de las obligaciones de lealtad y buena fe que debe observar. De esta forma, HWS defraudó la confianza legítima de Tacconi, que había contado con que se celebrara el contrato de venta. Por ende, Tacconi solicitaba que se condenara a HWS a reparar todos los perjuicios que supuestamente le había irrogado, perjuicio cuyo importe evaluaba en 3000 millones de liras italianas.

Según Tacconi, la ley de aplicación (de acuerdo con el numeral 3 del artículo 5 de la Convención de Bruselas) era la del lugar donde se produjo el daño, en este caso el daño se produjo en Italia, por la negativa de HWS de vender la maquinaria automática a BN que le arrendaba al demandante. El Tribunal resolvió a favor de Tacconi, diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual. Al usar la ley del lugar donde se

613 Convención De Bruselas, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (98/C 27/01). §5.3. 27 de Setiembre de 1968.

producía el daño (Italia), entonces Tacconi pudo invocar el artículo 1337 del CC que expone que las partes tienen la obligación de negociar de buena fe y en este caso HWS no había actuado de buena fe de acuerdo a la normatividad del RINP italiano.

Se plantea una cuestión previa para ver si se aplicaba el numeral 3ro del artículo 5 de la Convención de Bruselas, arriba reseñado, que versa sobre responsabilidad extracontractual, o si se debía aplicar el numeral 1ro del artículo 5to que estipula: "Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1. en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador(1).[614]

Entonces, la cuestión previa debía resolver primero si se iba a aplicar la ley del lugar donde se hubiere cumplido la obligación, o la ley donde se produjo el daño.

El Tribunal resolvió diciendo que la responsabilidad precontractual es una forma de responsabilidad extracontractual, y con motivo de ello afirma:[615]

> "En circunstancias como las del asunto principal, caracterizado por la inexistencia de compromisos libremente asumidos por una parte frente a otra con ocasión de las nego-

614 Convención de Bruselas, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 98/C 27/01. §5. 27 de Setiembre de 1968.

615 *Tacconi v. HWS*, C-334/00, Sentencia del Tribunal de Justicia de Casaciones, 2002/C 274/18. (2002).

> ciaciones encaminadas a la celebración de un contrato y por la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones, la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del artículo 5, número 3, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa."

Con ello queda aclarado que, para este cuerpo legal, la responsabilidad precontractual está comprendida dentro del sistema extracontractual y no en el contractual.

Nos preguntamos cómo hubiera resuelto el PE el problema de Tacconi. Está clarísimo que HWS tuvo un contrato ya celebrado con BN por el cual HWS se obligaba a cumplir el contrato de venta de una maquinaria, la misma que era el objeto de un arrendamiento financiero entre Tacconi con BN, arrendamiento que era del entero conocimiento de HWS. Ese conocimiento de HWS del contrato de arrendamiento financiero es el que estimula a Tacconi y BN a celebrar las promesas concernientes al arrendamiento financiero. Es decir, tanto Tacconi como BN actúan en detrimento propio al confiar en las promesas de HWS de vender la maquinaria, y ese contrato entre HWS y BN es una promesa en sí para el punto de vista de Tacconi y BN, que son las partes perjudicadas porque la negativa de WHS

indujo a Tacconi y BN a actuar en su detrimento. Es por justicia que la promesa de HWS debe realizarse y cumplirse para impedir el daño a Tacconi y BN. Desde el punto de vista del PE se podría llegar al mismo resultado sin necesidad de utilizar la legislación italiana de responsabilidad precontractual que dice que la negativa de HWS de vender la maquinaria a BN es una forma de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares.

4.3. CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) o la "Convención de Viena" (UNCITRAL)

En 1964, veintiocho países aprobaron dos convenciones de la Haya, que resultaron en un documento llamado "Uniform Law on the International Sale of Goods" (ULIS), que se traduce como Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes, y el "Uniform Law on the Formation of Contracts of the International Sale of Goods" (ULF), que se traduce como una Ley Uniforme en la Creación de Contratos sobre la Venta Internacional de Bienes. (Goderre. 1997: 257-258).

Como quiera que estas Convenciones de la Haya no tuvieron la aceptación esperada, las Naciones Unidas organizaron una Comisión sobre el Comercio Internacional (UNCITRAL) que incluía 36 países miembros de diferentes regiones del mundo, bajo el entendido de abandonar las Convenciones de la Haya para ganar mayor apoyo internacional. Al final, la Comisión Uncitral combinó ambos cuerpos legales (ULIS y ULF) en una propuesta normativa que la Asamblea General de las Naciones Unidas lo sometió a aprobación diplomática, donde los miembros no incluyeron una cláusula (buena fe) como lo veremos en el siguiente apartado.

El CISG es la abreviatura de la "Convention on Contracts for the International Sale of Goods" o sea la Convención de Contratos para la Venta Internacional de Bienes, de las Naciones Unidas. Preparada por la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade

Law) en 1980, también llamado "Convención de Viena", preparando un cuerpo legal de normas referentes al comercio internacional de bienes (no de servicios).

Como lo veníamos anunciando en el párrafo precedente, la Comisión de las Naciones Unidas trató de superar el problema que habían tenido las dos Convenciones de la Haya (ULIS y ULF) y que al final la Comisión sobre el Comercio Internacional las combinó en un cuerpo normativo que, al ser puesto a consideración de sus miembros, tuvieron que someterlo a su consideración y hacer compromisos. Como fruto de estos compromisos se percibe una gran omisión en el seno de su articulado.

En efecto, la gran omisión que se percibe en la CISG es que no existe un deber de negociar de buena fe en la etapa preparatoria. El principio de buena fe se lo enuncia genéricamente como un principio rector del comercio internacional de bienes.

4.3.1. El principio de buena fe como principio rector del comercio internacional de bienes: el artículo 7.1 de la CISG

El artículo 7 del CISG es el que toma nuestra atención con respecto a la responsabilidad precontractual,[616] a saber, dicho numeral estipula:[617] "1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los

616 Sabbagh-Farshi (2008) menciona que el artículo 7 de la CISG exige que se promueva la buena fe en la interpretación del acuerdo. Sin embargo, también señala que existe desacuerdo sobre si el principio de buena fe también se aplica a las declaraciones y comportamientos de las partes (p. 84).

617 Convención de las Naciones Unidas Sobre la Venta Internacional de Bienes, Convención de Viena (CISG) §7. 1980.

principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado."

Como se puede comprobar, no existe una obligación de negociar de buena fe en el contexto de la venta internacional de bienes. Pero no solamente eso, sino que no existe la obligación de ejecutar el contrato de buena fe (cosa que sí existe en los principios del *Uniform Commercial Code* UCC del *common law* americano,[618] o sea la obligación de ejecutar el contrato de bienes de buena fe). Como veremos en los apartados siguientes, en el UCC sí existe la obligación de ejecutar los contratos de venta de bienes bajo el principio de "buena fe", pero no existe la obligación de negociar dichos contratos bajo la buena fe. Con ello, vemos claramente que el proceso de negociación de la CISG engendró un cuerpo legal carente totalmente del principio rector de la buena fe en la negociación del contrato y en ejecución de éste, con lo cual, la responsabilidad precontractual queda en oscuridad.

Goderre (1997) relata que la resistencia de muchos países a incorporar el principio de la buena fe dentro del artículo 7(1) de la Convención se debió a que dichos países creían que incorporar un principio que dimana o se origina en la moral (cual es la "buena fe") en el cuerpo normativo del CISG (que pretende servir de luminaria para los jueces al momento de interpretar los contratos internacionales) sería inocular a la Convención de incertidumbre e inseguridad. (Goderre, 1997, p. 263).

618 Webster (1996) recuerda la Sección pertinente del UCC y menciona:
La sección 1-102(3) [del UCC] establece que 'las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritas por esta Ley no pueden ser renunciadas por acuerdo, pero las partes pueden, mediante acuerdo, determinar los estándares por los cuales se medirá el desempeño de dichas obligaciones, siempre y cuando dichos estándares no sean manifiestamente irrazonables'. (ft 60).

¿Pero cómo interpretar el mandato de que la buena fe es un principio interpretativo de los contratos en el tramado internacional? Interpretar este artículo que resulta nebuloso, es de difícil y hasta -para algunos- tan ambiguo que resulta casi imposible determinar lo que significa (Nedzel, 1997, p. 21).

Sin embargo, se ensayan tres tipos de interpretación al respecto:

La primera es una interpretación *strictu sensu*, es decir, una interpretación literal, por medio de la cual el artículo 7.1 se lee tal cual es, es decir, como un principio rector de todo el ordenamiento del comercio internacional, mas no como un mandato de negociar de buena fe.

La segunda interpretación es parecida a la anterior, pero parte del inciso 2 del artículo 7 que habla que cuando exista una laguna en el derecho, se deberá copar dicha laguna a través del uso de principios generales en los cuales está basada la Convención. Y como se piensa que existe un vacío en el inciso 1º del artículo 7, entonces el inciso 2º del artículo 7 entra a tallar y extrae la buena fe como principio general de la Convención e impone el deber de actuar de buena fe (Goderre, 1997, pp. 275-276).

Aunque no queda claro con esta interpretación circular cómo queda el deber de actuar de buena fe, si es que queda como deber en el plano negocial o en el plano de ejecución del contrato ya celebrado. Y una tercera interpretación, impone la obligación de actuar de buena fe directamente a las partes. (Goderre, 1997, pp. 276-277).

El siguiente caso puede resumir e iluminar un poco esta postura: El caso al respecto es un caso francés, *Bonaventure v. Societe Pan African export*,[619] en el cual una compañía americana (vendedora) es demandada por incumplimiento de contrato por parte de una

619 SARL Bri *Production Bonaventure v. Societe Pan African export*, CA *Grenoble*, febrero 22, 1995.

compañía compradora francesa por quebrantamiento de contrato en una Corte francesa, porque el vendedor americano (demandado) se había comprometido a comprar los jeans del vendedor americano para revenderlos a sus clientes en Sud América y África, pero en vez de esto los revendió en España, desinformando este extremo al vendedor americano (demandado), el cual, ante la toma de conocimiento de los acontecimientos se rehusó en proporcionar los últimos envíos al comprador francés (demandante), y es demandado por el comprador francés bajo la teoría que el vendedor americano (demandado) había quebrado el contrato al rehusar completar con las entregas. De modo que la compradora francesa demandó (bajo la teoría del incumplimiento de contrato) demandando daños y perjuicios; mientras que la vendedora americana (demandada) contrademandó a la compañía francesa bajo la teoría de que quien había quebrado el contrato era la compradora francesa por cuanto había incumplido una condición esencial conocida por ambas partes cual era la prohibición de revender los productos (jeans) en España. Al final, la Corte utilizó el artículo 7.1 de la Convención y falló a favor de la compañía vendedora americana (demandada) bajo la premisa que el principio de buena fe debía gobernar el tramado contractual internacional y que el demandante (comprador francés) había actuado de mala fe por cuanto aun sabiendo que debía revender los productos en Sudamérica y África, procedió a quebrar dicha condición y los vendió en España, en clara contradicción al espíritu del contrato y a la buena fe que inspira el inciso 1ro del artículo 7 de la Convención.

Tras una atenta lectura del caso Buenaventura se entiende que el destino final de la mercancía es una condición esencial del contrato, es decir, el comprador francés sabía perfectamente que la redistribución de los jeans no podría ser en España (donde el mismo vendedor americano ya tenía un mercado cautivo y por ende no tenía sentido competir contra sí mismo), por lo que el vendedor americano accede a contratar bajo la condición expresa de que el comprador

francés revenda los jeans a sus compradores sudamericanos o africanos, cosa que no aconteció y por eso la vendedora americana se rehusó a realizar la entrega de los jeans. Estamos ante una teoría de ejecución del contrato, no de una etapa preparatoria de los contratos. La interpretación de la inclusión del principio de la buena fe se da para la ejecución del contrato, pero este extremo no riñe -como lo veremos más tarde- con los principios y mandatos de ejecución de un contrato de buena fe bajo los postulados del UCC.

Lo que queda claro es que, en ambas jurisdicciones, la continental basada en el *civil law* y la americana basada en el *common law*, no tienen inconveniente en cifrar la ejecución de los contratos (de bienes) en el principio de buena fe. Lo que queda todavía en el aire es si la buena fe puede extenderse a la etapa precontractual, y este extremo todavía no está resuelto en el sistema internacional (Goderre, 1997, pp. 278-279).

Conviene precisar que la Corte denegó la demanda de la compañía compradora francesa y declaró fundada la contrademanda de la compañía vendedora americana. Nos sentiríamos tentados a tratar de resolver este caso a través del RINP o del PE, sin embargo, ninguna de estas dos figuras resuelve el problema por cuanto tanto el vendedor como el comprador tenían un contrato válido (compraventa de jeans) bajo una condición expresa (no revender los jeans en el mercado español). Es más, la condición expresa era ampliamente conocida por ambas partes, máxime que la vendedora americana vendía los jeans en España, y era obvio que no podía dispararse en el pie ella misma al contratar con una compañía francesa para que venda su propio producto en su propio mercado. De modo que la condición expresa de que la compañía francesa venda los jeans o los revenda a sus propios clientes en el mercado Sudamericano o africano era la base de la condición expresa. Es el quebrantamiento de esta condición expresa la que determina el problema, y la Corte,

con muy buen criterio resolvió a favor de la compañía americana, en el sentido de declarar que quien quebró el contrato, es decir, la condición expresa, fue la compañía compradora francesa.

Visto desde el punto de vista del *civil law* (o más específicamente el derecho continental), parte de la doctrina piensa que el principio de la autonomía de la voluntad, si bien responde a la economía de mercado, no es un principio absoluto, sino que tiene que ser contrabalanceado por el principio de la buena fe pre-contractual, de modo que se entraría en "un paradigma de contraposición de principios" (García y Otero, 2010, p. 24).

Es decir, el principio rector de todo tipo de actuación privada se rige por el principio de la libertad de contratar; sin embargo, tal libertad no es libertinaje y existen normas de orden público que obedecen a las convenciones sociales impuestas por ley, siendo una de ellas la de la negociación de buena fe (RINP).

4.3.2. El principio de buena fe como criterio de interpretación: el art. 13 de la CISG[620]

También es necesario revisar el artículo 13 que se refiere al principio de buena fe como criterio interpretativo. Tal numeral 13 de la CISG expresamente manifiesta que: "Esta Convención para la unificación del derecho que rige la compraventa internacional de mercaderías podrá cumplir mejor su finalidad si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos". Se puso gran cuidado en su preparación para hacerla tan clara y fácil de entender como fuera posible. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación. Para cuando esto ocurra, se invoca a todas las partes, inclusive los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, a tener en cuenta su carácter internacional y a promover

620 Convención de las Naciones Unidas Sobre la Venta Internacional de Bienes, Convención de Viena (CISG) §13. 1980. En adelante "CISG."

la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En particular, cuando las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta Convención no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que ésta se basa. Sólo a falta de tales principios se decidirá de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

De nuevo, el artículo 13, al igual que el artículo 7, hace una invocación a la interpretación de la Convención en general, a partir de la buena fe. De esta forma queda claro que el principio de buena fe del CISG ha sido insaculado en los tramados contractuales mas no en la etapa precontractual. Asimismo, al igual que el numeral 7, el CISG no estipula la obligatoriedad de negociar de buena fe, a diferencia del Unidroit por ejemplo. De esta manera, el CISG se condice perfectamente con el Uniform Comercial Code (UCC) americano puesto que el UCC implanta la obligación de ejecutar los contratos de venta de bienes con apego a la buena fe. Repárese en que la obligatoriedad de sujetar el andamiento contractual en su etapa ejecutoria solamente se condice con la buena fe en la etapa contractual mas no en la etapa prenegocial.

4.3.3. Historia del CISG y el dilema eficacia vs. justicia

En la conferencia diplomática de 1980, convocada por la Asamblea General de las Nacional Unidas para trabajar en la redacción de esta Convención, Canadá propuso que el principio de la "buena fe" tenga un carácter no prescindible. La propuesta de Noruega, propuso unir el principio de buena fe al sistema de interpretación del contrato en vez de la interpretación de la CISG, creando un inciso tercero del artículo 7. Por su parte Italia, como era de esperarse, propuso la creación de un nuevo artículo que acoja la buena fe en la etapa de formación, interpretación y ejecución del contrato; postura que fue similarmente reproducida por la República Democrática Alemana

en el siguiente sentido: "Cuando en el curso de las negociaciones preliminares en la formación de un contrato, una parte falla en su obligación de un cuidado razonable, la otra parte tiene el derecho a reclamar una compensación por sus gastos." (Spagnolo, 2007, p. 272).

Sin embargo, pese a estas propuestas, la extensión de la responsabilidad precontractual a través de la obligación de buena fe no se vio plasmada en el documento final. La lógica detrás de un cuerpo legal internacional como el CISG era facilitar el comercio internacional creando un cuerpo normativo que atraiga a sus miembros a que lo usen en vez de usar un cuerpo legal doméstico, y evitar, por ende, mayores costos al facilitar la escogencia de este sistema normativo internacional.

El objetivo que busca el CISG es el de uniformidad y predictibilidad en la toma de decisiones, el que se puede ver empañado si se adapta un principio legal que no esté bien definido y tenga un carácter amorfo, como es el principio de la buena fe. Pero, por otro lado, otra corriente doctrinaria piensa que el CISG debería acoger el principio de buena fe como punto de partida de las negociaciones, con lo cual se reducirían los costos en las transacciones internacionales.

Spagnolo (2007) lo expresa de esta manera:

> Por un lado, se dice que los conceptos generales de buena fe "amorfos" generan incertidumbre y confusión sobre el contenido de la CISG. Esto podría socavar la previsibilidad y uniformidad de su aplicación, disminuyendo la capacidad de las partes para asignar riesgos con precisión en las transacciones que regula y aumentando los costos de transacción. A la inversa, se podría argumentar que las obligaciones precontractuales de buena fe ampliarían el alcance de la CISG, lo que mejoraría la uniformidad general y la previsibilidad y, por lo tanto, reduciría los costos

> de transacción. Claramente, cada lado está empleando diferentes conceptos de eficiencia y uniformidad. (pp. 279-280).

Como se observa, hay argumentos para ambos sectores, tanto para los que promueven una participación de la buena fe, al estilo italiano, embebida en el deber de negociar de buena fe, como para otras posturas individualistas y menos paternalistas, como los EE.UU. por ejemplo, que solamente ven en la buena fe un principio dentro del espectro contractual (del UCC) y no precontractual.

Pero el problema central es determinar cuáles son los beneficios y los perjuicios de introducir un sistema de responsabilidad precontractual derivado del principio de la buena en la antesala contractual, es decir en la etapa de la negociación.

Si por una parte, el beneficio que podría traer la incorporación de la buena fe dentro de las negociaciones sería, por ejemplo, darle mayor ámbito de interpretación a un juez -en el terreno de un litigio sobre el contrato- el efecto adverso que podría tener esto es que las partes podrían retraerse de negociar libremente por cuanto cualquier conducta podría interpretarse como contraria a la buena fe, con lo cual se conseguiría el sentido inverso de lo que trata justamente de lograr el CISG, cual es el de propiciar un clima de mayor amplitud, certidumbre y certeza en el ámbito contractual internacional.

Esto en realidad es todo un dilema para los países, y el tema de los beneficios y perjuicios es, en verdad, infinito. Spagnolo (2007) resume este dilema de la siguiente forma:

> Una cobertura más amplia de la CISG podría aumentar su atractivo, **reduciendo así el tiempo** y los costos involucrados en llegar a un acuerdo sobre la elección de la ley. Una doctrina precontractual de buena fe podría brindar flexibilidad y la confianza de las partes en esta flexibilidad

> podría **disminuir los costos de redacción** al reducir la necesidad de insertar asiduamente un término contractual para cubrir todas las contingencias. La unidad de la ley del contrato y la ley precontractual contribuiría posiblemente a la **coherencia entre los recursos contractuales y precontractuales**. **La extensión de la buena fe de esta manera mejora teóricamente la eficiencia y la certeza**. Los costos de transacción se reducen debido a una **mayor previsibilidad sobre qué ley se aplica**, una mayor coherencia entre los remedios **y una menor dependencia de múltiples leyes extranjeras.** Además, la extensión de la buena fe se suma a la equidad al otorgar a los tribunales la flexibilidad de distribuir la carga precontractual de manera uniforme cuando los contratos no surgen. (p. 282).

En realidad, esto atributos, garantías, ventajas y posibilidades que Spagnolo (2007) señala en la cita, son aspiraciones que la misma Convención persigue, en el sentido de que tal cuerpo de leyes aspira a convertirse en un instrumento que pueda ser usado por los países integrantes que ya se han puesto de acuerdo sobre las leyes que van a gobernar su accionar. Esa es en verdad la aspiración en un mundo globalizado, el tener reglas de juego claras, justas y eficientes. Sin embargo, el tema de la incorporación de la buena fe en el espectro precontractual no goza de la comunión de opiniones, y por esa razón, el artículo 7 es un ejemplo de tal disonancia.

"Se podría argumentar -continúa diciendo Spagnolo (2007)- que la certeza se vería obstaculizada por una extensión excesiva de la CISG. Al menos un autor ve la buena fe como un problema que debe "minimizarse" para evitar el "caos a largo plazo". A diferencia de muchas otras manifestaciones de buena fe, la falta de disposiciones específicas sobre las cuales anclar la cobertura precontractual de la CISG y la consiguiente dependencia sobre conceptos amorfos

de buena fe como base de la responsabilidad podría aumentar la incertidumbre. La preocupación es que la CISG podría generalmente "caer en la generalidad y la vaguedad", con la consiguiente reducción de la previsibilidad de los resultados legales para las partes. Una expansión lenta y gradual de la CISG a través de la buena fe podría exacerbar esta indeterminación. La buena fe en el área precontractual podría dificultar la predicción de cómo interactúa la CISG con la legislación nacional residual. En consecuencia, algunos sugieren que, en general, es preferible recurrir a la legislación nacional al "cañón suelto" de la buena fe." (Spagnolo, 2007, pp. 283-284).

Como se puede apreciar, el clima del dilema que plantea la incorporación de la buena fe como concepto trae ventajas y desventajas. Lo que por un lado se gana al darle más armas a un juez para interpretar un contrato, o lo que teóricamente se gana al reducir el tiempo de redacción de contratos o de escogencia de un cuerpo legal, por otro lado, se pierde cuando un concepto amorfo, gaseoso y suelto como la buena fe precontractual se incorpora en un cuerpo legal como el CISG.

Y la pregunta que nos hacíamos al principio de este capítulo con respecto a cuál de las dos instituciones (la PE o la RINP) era más justa o más eficiente, se ve reproducido en el CISG en el sentido de examinar si la incorporación de la buena fe en el plano precontractual es justo o eficiente. Y de nuevo nos confrontaríamos con el dilema justicia vs. eficiencia, puesto que para la parte débil de una negociación sería justo un amparo a su confianza, mientras que la incorporación de la buena fe como concepto amorfo y gaseoso lo hace poco eficiente.

Entonces como respuesta al clamor de la parte débil de una negociación, clamor que apunta a la justicia (al menos entendida desde su punto de vista), y haciendo eco a la eficiencia que las partes buscan al evitar términos gaseosos o amorfos, ¿no estaríamos entonces ante la necesidad de juzgar que la PE es más eficiente?

Todo parece indicar que sí, puesto que, evitando la incorporación de la buena fe precontractual se evitan los temores a una incertidumbre y se evitan los resquemores de las partes que se podrían privar de negociar; pero por otro lado queda claro que para cualquier parte que ve vulnerada su confianza y su tiempo y esfuerzo al confiar en las promesas de la otra parte, puede muy bien recurrir al PE para que su interés negativo sea resarcido.

Con la PE como figura de la responsabilidad precontractual se alcanzarían ambos objetivos, de justicia y de eficiencia en el tramado comercial internacional, y no sería muy difícil de llegar a acuerdos al respecto, puesto que el *common law* ya tiene el PE como principio en su cuerpo legal, mientras que por su lado el derecho continental se está abriendo poco a poco a la posibilidad de la responsabilidad precontractual, con la única diferencia que sería de dejar a un lado el principio de la buena fe como obligación de los tratos preparatorios. Sin embargo, este extremo lo revisaremos extensamente al amparo de la comparación de casos jurisprudenciales en los posteriores capítulos.

4.4. Principios de Derecho Contractual Europeo (Principles Of European Contract Law: PECL)

Los Principios de Derecho Contractual Europeo son conocidos en el derecho continental como los Principios Lando, cuya influencia viene prodigada por los Principios e UNIDROIT y de la Convención de Viena, "particularmente desde que aproximadamente 1/3 de los integrantes de la Comisión Lando han participado también en la redacción de los Principios de UNIDROIT." (Perales Viscasillas. 2009, p. 161).

En realidad, nos estamos refiriendo a los trabajos de la Comisión de Derecho Contractual Europeo, trabajo iniciado en los años ochenta por el profesor Ole Lando, cuya misión era la de homogeneizar el Derecho contractual de la Comunidad Europea,

pretendiendo armonizar el derecho en materia de obligaciones y contratos ("Principios" o "PECL").

Haciendo un poco de historia, Palao Moreno (2023) nos cuenta que a mediados de la década de 1970 durante un seminario en Copenhague nace la idea de lo que con el tiempo se convertiría en el Convenio de Roma de 1980 acuñándose la frase "necesitamos un Código de obligaciones europeo". A partir de este momento, un grupo de juristas liderados por el Profesor danés Ole Lando se embarca en el proyecto de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), comúnmente llamado Comisión Lando, y que consta de tres partes (la primera publicada en 2000 y la tercera en el año 2003) (Palao Moreno. 2023, p. 1148).

Estos principios no tienen fuerza vinculante, y son simplemente un trabajo interesante para servir de preludio a un futuro Código Civil europeo. Algunos autores piensan que se puede equiparar este trabajo de los Principios con los Restatements del *Common law* americano, en el sentido de que ambos son "*soft law*", es decir, son ciertas guías no vinculantes para las partes (Kottenhagen, 2006, pp. 86-87).

No estamos muy inclinados a compartir ese punto de vista en su totalidad, puesto que el Segundo Restatement de los Contratos de 1981, si bien es cierto es un "*guideline*" o sea una guía, "rige" como guía para todo el mundo del *common law* americano; mientras que los Principios Lando o PECL no han sido aceptados en tu totalidad por la Comunidad Europea como "guidelines."

En lo que existe consenso es en que los proyectos del Profesor von Bar o del Profesor Lando (PDCE) o hasta los Principios UNIDROIT (PCCI) son calificados como *soft law*, o sea "textos normativos que no tienen fuerza de obligar en sí misma, lo que facilita su actualización y revisión, sino que dependen para su eficacia del acuerdo de las partes, a diferencia de otros instrumentos como las Convenciones o los Tratos Internacionales, que una vez producida su incorporación al

derecho interno y dándose sus condiciones de aplicabilidad resultan inmediatamente aplicable a una transacción salvo que las partes deciden excluirlos, tal y como sucede con la Convención de Viena de 1980" (Perales Viscasillas, 2009, p. 161).

Sin embargo, revisemos algunas secciones que parecen interesantes a nuestro tema. Para empezar, revisemos el artículo 1:201 claramente especifica:[621]

> Buena Fe y Trato Justo: (1) Cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y el trato justo. (2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber." Ahora veamos el numeral 2:301 del PECL, que dice:[622] "Responsabilidad por negociaciones: Negociaciones contrarias a la buena fe: (1) Una parte es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, una parte que haya negociado o **interrumpido negociaciones en contra de la buena fe** y el trato justo es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una parte inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Este último artículo trata de la responsabilidad precontractual vinculando la responsabilidad al tema de la violación a un deber de negociar de buena fe entendido como la lealtad y el trato justo. Se pueden encontrar la teoría de la libertad para negociar del inciso 1 o subsección 1 en el derecho inglés, alemán, francés y holandés.

En cuanto a la sección 2, vemos un reflejo del derecho italiano, de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares, e impone

621 Principios De Derecho Contractual Europeo (PECL) § 1:201. 2000. En adelante "PECL".
622 PECL § 2:301. 2000.

tácitamente la obligación de negociar de buena fe, cuyo rompimiento da lugar a un resarcimiento a la parte perjudicada. Tampoco hay un equivalente, como sabemos, en el derecho inglés, y mucho menos en el derecho americano. Algunos autores piensan, en cuanto a este subnumeral, que el derecho alemán y francés tienen una figura similar; sin embargo, no hemos podido comprobar tal aserto, ya que el derecho alemán o francés no poseen, como sí lo tiene el derecho italiano, un artículo específico que imponga la obligación de negociar de buena fe (Kottenhagen, 2006, p. 88).

Por su parte, el tema de la violación o la ruptura de la confidencialidad es un tema contractual, pero pudiera ser un tema precontractual si en el tramado de las negociaciones preliminares una de las partes desliza información a la otra parte sobre la cual tiene una legítima contemplación de privacidad. Así, el artículo 2:302 especifica:[623]

> Violación de la Confidencialidad: "Si una de las partes proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene la obligación de no divulgar esa información ni utilizarla para sus propios fines, ya sea que se celebre o no un contrato posteriormente. El remedio por el incumplimiento de este deber puede incluir la compensación por la pérdida sufrida y la restitución del beneficio recibido por la otra parte.

Como vemos, el tema de la responsabilidad precontractual es delimitado claramente por el PECL en los antecedentes artículos, y muy vinculado al tema de la observancia de la buena fe y el trato justo en la etapa de formación del contrato.

623 PECL §2:302.

4.5. Marco Común de Referencia (MCR)[624] o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

El Marco Común de Referencia Europeo es un proyecto académico, resultado de la investigación del *Study Group on a European Civil Code* (grupo Von Bar) y el *Research Group on European Community Private Law* (Acquis Group). El Study Group funciona desde 1997 bajo la dirección del profesor Christian von Bar, que formuló "los diferentes capítulos en que se dividirá e; hipotético futuro Código Civil (CC) (Perales Viscasillas, 2009, p. 159).

Como vemos, un gran desafío para la Unión Europea, como lo venimos percibiendo, en el espectro del Derecho contractual privado es la coherencia de un Derecho europeo. Es así que en el año 2003, la Comisión europea promulga un "Plan de Acción", que "consiste en una serie de medidas que se englobaran en el llamado MCR o marco común de referencia" (Perales Viscasillas. 2009: 159) que, "por primera vez, se pretende llevar a cabo una regulación conjunta y sistemática del Derecho contractual con la finalidad de crear principios, definiciones y reglas susceptibles de generalización." (Schulze, 2009, p. 50).

Como fruto de este Plan de Acción cuyo objetivo era la redacción del MCR, cuyo primer borrador estaba listo en el 2007, y donde surgen dos importantes grupos de trabajo que aglutinan juristas de talla internacional: el *Study Group* (liderado por Christian Von Bar) y el Acquis Group (liderado por Hugh Beale) (Schulze, 2009, p. 50).

Sin embargo, veinte años atrás, el Profesor Ole Lando había liderado otro grupo de trabajo cuyo objetivo era la creación de Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), a partir de un estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos nacionales. En atención a ello, Schulze (2009) nos narra: "Los principios comunes se

624 En inglés *Draft*

obtenían a partir de la comparación entre ordenamientos jurídicos, o bien, cada vez con mayor asiduidad, a base de seleccionar la que podría ser considerada la mejor solución, aunque no fuera común o acaso ni siquiera una solución mayoritaria" (p. 52).

Es decir, se trató de un trabajo básicamente intelectual, o hasta en algunos casos de carácter especulativo. Pero este MCR no está exento de críticas, las que guiarán a la consecución de un mejor derecho para la Unión Europea, donde Schulze (2009) sentencia: "A lo largo del año 2008, el desafío para los juristas europeos es el análisis crítico del MCR y la realización de propuestas de mejora" (p. 61).

Los artículos que interesan al respecto lo encontramos en el artículo 3:301 que se refiere dentro de los deberes de negociación y confidencialidad a las negociaciones contrarias a la buena fe y al trato justo:[625]

> (1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por no llegar a un acuerdo. (2) Una persona que participa en negociaciones t**iene el deber de negociar de buena fe y un trato justo y de no romper las negociaciones que sean contrarias a la buena fe y al trato justo. Este deber no puede ser excluido ni limitado por contrato.** (3) Una persona que incumpla el deber es responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento. (4) **Es contrario a la buena fe y al trato justo, en particular, que una persona inicie o continúe negociaciones sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte**. [El subrayado es nuestro].

625 Marco Común de Referencia Europeo. (MCRE). § 3:301. 2009. En adelante "MCRE".

Como vemos, esta sección se enfoca en la parte promitente y en su intención psicológica. Esta sección tiene por objetivo llenar los vacíos o lagunas de las que adolecen los ordenamientos codificados (De Angel Yágüez, 2014, p. 42).

El principio de buena fe ex una extensión del principio contractual (que gobierna la formación, cumplimiento y ejecución del contrato, así como el ejercicio de los derechos de cada parte) al sector precontractual. (Jiménez Buendía, 2016, p. 332).

De modo que necesariamente el principio de actuar de buena fe durante la etapa precontractual acarrea como correlato lógico el epíteto del negociador de "mala fe" al momento de escudriñar la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (Coderch y García-Micó. 2020, p. 33).

Con ello, se pretende penalizar a la parte culposa y se impone un requisito probatorio extra o adicional (que es el de probar la mala fe), a contrapelo del PE que no dispone probar este requisito sino solamente centrarse a estudiar si el promisario actuó en detrimento propio al confiar en las representaciones del promitente.

El peso de la teoría de la CIC, y en especial su hija legítima que es la RINP, descansa en la elaboración mental y en la intención que tiene la parte promitente. Es más, la subsección cuarta explica "en particular" (como un caso particular, pero no exhaustivamente) que un ejemplo de mala fe es entrar a la mesa de negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. Como vemos, la diferencia entre del RINP con la PE es que el PE centra el punto de gravedad en la confianza que el promisario deposita en la palabra o en la representación del promitente y en el cambio de acción o en la inacción que el promisario experimenta a consecuencia de esa confianza depositada en la palabra o en la representación. Es decir, el PE no solamente observa la intención de la parte promitente, sino en el nivel de confianza que

la parte promisoria manifiesta con su acción o inacción en confianza (*detrimental reliance*) en tal manifestación.

En esencia, el principio del *estoppel* (PE) abarca dos aspectos fundamentales. Por un lado, implica la representación, mientras que, por otro lado, enfatiza la confianza en dicha representación, lo que lleva a un cambio de actitud basado en esa confianza. Además, en relación con el Artículo 3-301, cualquier persona que participe en negociaciones sin la intención de llegar a un acuerdo podría ser considerada como actuando de mala fe. Esta aproximación se percibe como excesivamente intrusiva y autoritaria. Las partes deberían tener la libertad de llevar a cabo negociaciones según lo consideren apropiado, a menos que una de las partes actúe o se abstenga de actuar en su propio detrimento basándose en una promesa o representación, lo cual se ajusta al espíritu del PE.

Este artículo es muy parecido al artículo 2.15 del Unidroit arriba reseñado. La doctrina explica con respecto a este artículo que "la expresión latina *culpa in contrahendo* no aparece en el borrador y no hay ninguna referencia explícita al fundamento jurídico de la misma, esto es, no puede decirse que tenga un fundamento contractual o no contractual. (Tomás Martínez, 2010, p. 195).

Un aspecto interesante de estudiar en este respecto es que el *Common Frame Reference* solamente aluden al debe de negociar de buena fe, al estilo del CC italiano que recepta el RINP, pero no alude al "Overact" del PE, es decir, no alude a que la parte inocente (ajena al vicio) debe realizar una acción u omisión en confianza de las promesas vertidas por el promitente, y que dicha inducción le genera un daño que es resarcible. Esta parte no está clara en la redacción de esta propuesta legislativa. Con ello, se deduce ampliamente que el PE es mucho más claro y eficaz en su contenido doctrinario. Estamos viendo el punto de vista doctrinario, puesto que luego veremos la comparación jurisprudencial del RINP con el PE.

De otra parte, analizando en su integridad el DCFR, el capítulo 3 del libro 2 contiene muchas reglas de protección al consumidor donde las compañías y las corporaciones tienen la obligación de informar al consumidor sobre las cualidades que el producto o servicio tiene, bajo sanción de nulidad.[626] Estos deberes de información precontractual forman parte de la CIC, pero no de la RINP, por lo tanto, derivamos estas reglas a las normas que tanto el *civil law* como el *common law* comparten sobre las reglas de protección al consumidor, reglas que no son materia de nuestro análisis comparativo entre la RINP (hija de la CIC, pero no hija única) y la PE.

El tema que nos convoca, como venimos afirmando y lo corrobora la sección 3:301 del Libro 2, anteriormente citado,[627] y es clarificado en los comentarios del DCFR o del MCRE que explica que el "deber de negociar de buena fe" no es una obligación, pero sí un deber. Esta distinción resulta un poco abstrusa en la parte de los comentarios,[628] porque una obligación en realidad es un deber que nace a consecuencia de la imposición de un mandato del orden público, pero parece que los comentarios tratan de explicar que ante un quebrantamiento de una negociación de buena fe, la parte afectada (inocente) no tiene el derecho a actuar de mala fe solamente porque la parte promitente actuó de mala fe en la parte precontractual, y tampoco le da derecho a la parte afectada a entablar una acción legal por rendimiento específico in natura (*specific performance*).

Una parte interesante de los comentarios es referida a la ilustración 5 de esta sección donde se enfoca en los daños que la parte afectada puede recuperar en el sentido de extender la indemnización a las oportunidades perdidas como el caso que se

626 Podhalicz (2015) opina: "No cabe duda de que la responsabilidad por daños y perjuicios bajo *culpa in contrahendo* en el sentido del derecho civil y privado es una sanción por el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe." (p. 256).

627 MCRE, §3:301.

628 PECL §3:101.

ilustra en el ejemplo 5[629] donde una empresa X que confecciona ropa entra en negociaciones con una empresa A para adquirir cierta marca de ropa, pero luego viene la compañía B prometiendo la misma ropa a menor precio. Cuando X entra en negociaciones con B, luego X descubre que B no tiene el derecho de propiedad intelectual sobre la marca de ropa y por lo tanto no concreta el negocio con "B" pero ya X perdió la oportunidad de negociar con A. Para el DCRF esta pérdida de oportunidades es parte de la indemnización y del daño negativo, pero no para solicitar el fruto o los beneficios que X pudiera haber gozado de haberse concretado el negocio con A sino para reclamar sobre los gastos perdidos y daños por la oportunidad perdida.

En realidad, el DCRF no brinda mayor información sobre la distinción entre la indemnización a la que la parte inocente o afectada tiene derecho a consecuencia de esta ruptura de negociaciones preliminares en el sentido de limitarla solamente al interés negativo o de confianza (incluyendo la oportunidad perdida) y el interés positivo que es el de cumplimiento (que está reservado al asunto de la responsabilidad contractual y el quebrantamiento de un contrato, ante lo cual procede la acción para recobrar el lucro cesante o el "specific performance"). Pero un aspecto interesante que trae el DCFR es el ejemplo de la ilustración 4 referido a la base de la responsabilidad, y narra como ejemplo el caso del *common law*, que lo veremos posteriormente, referido a *Red Owls* donde un empresario realiza gastos de viaje confiado en la promesa de obtener un contrato de franquicia, no solamente gastando dinero al cerrar su propia empresa y movilizarse con su familia a otra ciudad para abrir el negocio, sino también los gastos al prestarse dinero para comprar la franquicia de Red Owls para luego concluir que *Red Owls* no quiere negociar.[630] De todas formas, este ejemplo del *common law* que el

629 MCRE, §II.-3:101.

630 MCRE. Ilustración 4 del numeral §3:301.

DCFR lo toma como ilustración, tiene un centro de gravedad distinto al del DCFR por cuanto para el *common law* la obligación o el deber de negociar de buena fe no existe, pero la base de la responsabilidad precontractual nace de la conjugación de la confianza depositada por la parte afectada en las promesas dadas por la parte promitente y el cambio de actitud de la parte afectada que cambio de posiciones en detrimento propio. Como veremos, este centro de gravedad en el *common law* es más justo y más eficiente que el del DCFR que centra la atención en la obligación de negociar de buena fe.

Por otro lado, los Principios del Derecho Contractual Comunitario ("*Acquis Principles*") son parecidos a los Principios del *Study Group*, y guardan una semejanza parcial en cuanto a las materias cubiertas en el espectro contractual, aunque sistemáticamente los *Acquis Principles* son un mosaico incompleto y provisional de reglas. (Amayuelas, 2008, pp. 211-218).

En todo caso resaltamos el numeral 2:103 que se refiere a las negociaciones contrarias a la buena fe en el siguiente sentido:[631] "(1) Una parte es libre de entrar en negociaciones y no es responsable si no se alcanza ningún acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que ha llevado a cabo o interrumpido las negociaciones de manera contraria a la buena fe es responsable por los daños causados a la otra parte. (3) En particular, una parte actúa de manera contraria a la buena fe cuando inicia o continúa las negociaciones sin la intención real de llegar a algún acuerdo."

Es clara la sintonía entre los *Acqua Principles* con los Principios del *Common Draft*, ambos insaculan la obligación o el deber de actuar o negociar de buena fe en el tramado precontractual con lo cual involucran el principio de la buena fe dentro de la etapa negocial, lo cual difiere, como lo venimos reseñando del PE.

631 Principios del Derecho Contractual Comunitario ("ACQP). §2:103. 2003. En adelante "ACQP".

4.6. Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado (Pavia, Italia)

Es un trabajo de un grupo de estudio liderado por el Profesor Gandolfi para la unificación del derecho civil europeo, que contiene algunos artículos dedicados a la responsabilidad precontractual, publicado el 1ro de junio de 2009. El trabajo estuvo inspirado en la creación de un CC para toda Europa a partir de los proyectos de Código de los Profesor Harvey Mc Gregor y el Código Civil italiano.

Es importante analizar el artículo 6 que habla sobre el deber de protección dentro del título II, sección 1:[632]

> 1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, **salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.**
>
> 2. **Obra contra la buena fe** la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.
>
> 3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la **parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.**
>
> 4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que ésta última se ha obligado en el curso de

632 Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado Europeo. (CEC). §6. 1 de junio de 2009. [El subrayado es nuestro].

> las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Como vemos, este artículo tiene una inspiración en el numeral 1337 del Código Civil Italiano,[633] receptor del concepto idea de la ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP), hija legítima de la CIC.[634]

De otra parte, en cuanto a los deberes de información, que es una rama de la CIC (rama diferente a la RINP, pero muy consonante con el principio de las obligaciones extracontractuales o torts), vemos el tenor del numeral 7 que dice:[635]

> 1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.
>
> 2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado **en contra de la buena fe** responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del artículo 6. Si el contrato ha sido concluido, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error.

633 CCI. §1337.

634 Pardolesi (2011) menciona la obligación de buena fe en los artículos 1337-1338 del Código Civil. Esta obligación se impone a una o más personas en relación con otra u otras personas (pp. 381-382).

635 Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Derecho Privado Europeo. (CEC). §7. 1 de junio de 2009. [El subrayado es nuestro].

Una atingencia importante de destacar es el inciso 2 de artículo 2 referido al deber de informar. Esta parte guarda concomitancia con el CIC que -entre muchos aspectos de su amplia aplicación- la referida al deber de información. Este deber no está incrustado en el sistema del *common law* que es embebido por el principio del *caveat emptor* (que el comprador se dé cuenta), a menos que exista una relación fiduciaria[636] entre las partes contratantes, como por ejemplo una persona que solicite un préstamo hipotecario donde el banco o la empresa financiera tiene la obligación de entregar la información anticipada de acuerdo a las leyes del derecho inmobiliario y financiero, o cuando existe otro tipo de relaciones con profesionales como abogados,[637] médicos, arquitectos, dentistas, etc., donde tales profesionales tienen la obligación de informar al cliente sobre las consecuencias del futuro actuar, de acuerdo al derecho normativo.[638] Sin embargo, en el plano comercial entre dos entes privados, no existe obligación de informar (a tenor del CIC), o la obligación de negociar de buena fe (de acuerdo al RINP[639]). Con ello el *common law* pretende que las transacciones sean más agiles. Este punto lo volveremos a estudiar en los próximos capítulos.

---

636 Loges (1991) analiza el tema de la "Vertrauenshaftung" (responsabilidad fiduciaria), que implica la obligación de revelar información que es importante para la decisión de la otra parte de entrar en un contrato. Esto sugiere que las tergiversaciones son relevantes para la *culpa in contrahendo* (p. 39). Sin embargo, Ferro (1999) contrasta el término italiano "responsabilidad" con el término alemán "Haftung", argumentando que este último se traduce más exactamente como "garantía" (p. 128).

637 En el contexto de una relación fiduciaria legal, Norton (1989) destaca el "estándar de cuidado" que un abogado debe a un cliente, que impone un deber de investigar las representaciones de hechos hechas por un adversario (ft 227).

638 Este "estándar de cuidado" es destacado entre acreedor y deudor por Magnus (2006, pp. 565-566).

639 Goderre (1997) nos recuerda que la doctrina alemana de "*culpa in contrahendo*", que significa "culpa en la negociación" sostiene que las partes contratantes tienen el deber de actuar de buena fe durante las negociaciones, de modo que una parte que actúa de manera indebida al impedir la culminación de un acuerdo es responsable ante la parte lesionada (pp. 266-267).

Pero el deber de informar es útil cuando un consumidor adquiere un producto vendido por una compañía, por cuanto la empresa tiene la obligación de informar fidedignamente y no engañar al consumidor ni inducirle a error por acción u omisión. Así lo informa la doctrina, en la figura de García y Otero (2010): "Así se reconoce en muchos de los textos a los que hemos tenido ocasión de hacer referencia, particularmente cuando, como sucede en los contratos con consumidores, los conocimientos de las partes en la etapa prenegocial no son homogéneos por la distinta posición que ambas tienen respecto al acceso a la mentada información, de modo que el establecimiento de tal tipo de deberes pretende reequilibrar la original asimetría informativa" (pp. 29-30).

Entonces no confundamos el principio del *caveat emptor* del *common law* (que el comprador decida) con el deber de informar de las empresas frente a los consumidores. Como lo venimos precisando, el tema de los derechos de los consumidores es universal y uniforme, y es justamente donde los consumidores tienen derecho al acceso de información fidedigna y certera sobre el producto a adquirir.[640]

Otra atingencia importante a realizar es la referida a que los temas sobre el dolo, el error, la representación falsa, o la inducción al error o al fraude, son temas que tampoco pueden confundirse con el deber de información de las compañías frente a los consumidores; porque una cosa es que una compañía no informe sobre las cualidades de su producto y otra cosa es que informe de manera incorrecta y otro aspecto diferente es que informe con conocimiento que la información que está proporcionando es errada y con ello no hace sino inducir a la otra parte al error. "Tampoco es pacifica la respuesta que ha de darse ante la violación de los citados deberes, la cual además puede concurrir con otras instituciones como las derivadas

640 Nunes Fritz (2018) cree que la CIC incluye esa "asimetría de información" o "ventaja de conocimiento" (p. 66).

de los vicios del consentimiento o del incumplimiento" (García y Otero, 2010, pp. 29-30).

Otro aspecto interesante de antora con respecto al deber de informar a la otra parte es el referido a la posibilidad de que una parte pueda negociar simultáneamente con otras partes sin necesidad de exponer este tema al otro posible contratante, pues la doctrina ve que no existe una violación al deber de información el omitir que una parte tiene tratos simultáneos con otras partes, pero lo que doctrina piensa que es inadecuado es hacer creer a la otra parte que esa parte es la única y exclusiva parte contratante cuando en realidad existen múltiples negociaciones con otras partes. Luego continúa García y Otero (2010):

> Incluso se aprecia que una parte no tiene por qué informar espontáneamente a la otra sobre la existencia de negociaciones paralelas, pues la existencia de estas suele ser la situación más normal en una economía de mercado. No obstante, tal vez la afirmación debería ser matizada en función de la situación de las partes y el tipo de negocial. En todo caso, resulta contrario a la buena fe hacer creer erróneamente a la otra parte que la negociación es exclusiva (pp. 33-41).

En ese último extremo, siguiendo el hilo de pensamiento, entonces habría otro tipo de violación cual es al deber de negociar de buena fe por inducir a la otra parte negociadora a creer que esta parte es la única y exclusiva en el proceso de negociación. Pero la violación al deber de negociar de buena fe es un subtipo de CIC siempre y cuando existe una ruptura injustificada de negociaciones preliminares. Esto sucede en el *civil law*, pero en el *common law*, la inducción a error a la otra parte genera responsabilidad por daños, o la restitución.

4.7. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó el 18 de noviembre de 1989 la Resolución AG/Res XIX-0-89, nos narra Aguirre Andrade (2006):

> Por la cual en su párrafo cuarto acordó deliberar sobre contratación internacional y ser ésta incluida en el temario de la futura Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privada. Llevada a efecto en 1994, en Ciudad de México, dicha conferencia aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como Convención de México o por sus siglas, CIDACI. (pp. 68-69).

Un aspecto importante resaltar de esta Convención es el carácter supletorio que tienen los Principios Unidroit que aplicarían si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable. Así lo establece el artículo 9 de la CIDACI expone:

> Artículo 9.- Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con

> otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.[641]

Por su parte, el artículo 10 del CIDACI no hace sino refrendar el carácter de *lex mercatoria* que se le ha brindado a los Principios Unidroit, que son la fuente de inspiración de la Convención al estipular:

> Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.[642]

Con respecto a este asunto, ya lo señalamos anteriormente con respecto al principio de la buena fe en los Principios Unidroit, donde explicábamos que este extremo de la buena fe como pilar fundamental el RINP no lo es para el PE de modo que este punto no es un tema zanjado en el derecho internacional privado. Sin embargo, si pudiésemos comparar el deber de negociar de buena fe como principio negocial y su consecuente correlato de que la mala fe negocial conlleva a la indemnización de los danos sufridos por la parte inocente, podríamos comparar este RINP con otras figuras del *common law* como el fraude o la misrepresentación, por ejemplo, pero no con el PE, ya que el PE no cobija en su seno la obligación de negociar de buena fe.

641 Resolución AG/Res. 963 de la Organización de Estados Americanos (XIX-0-89), §9. 13 de noviembre de 1989.

642 Resolución AG/Res XIX-0-89, §10. (1989).

4.8. El Proyecto de Código Civil Europeo del Profesor Mc Gregor:[643]

En el año 1965 el Parlamento Británico creó una Comisión Legal para codificar un Código de los Contratos, el proyecto estuvo liderado en su integridad por el Profesor de la Universidad de Oxford Harvey McGregor.[644]

Un artículo interesante de su obra, lo encontramos en el numeral 19, referido a la revocación, que a la letra dice:

> Artículo 19:
>
> (1) Una oferta puede ser revocada excepto cuando:
>
> a). por los términos expresos de la oferta, o
>
> b). Por implicancia de otras circunstancias, las negociaciones preliminares, las prácticas que las partes han establecido entre ellos o las costumbres y usos aplicables a sus relaciones.

En cuanto al concepto de aceptación, el artículo 22 lo refiere en los siguientes términos:

> Artículo 22:
>
> 1) La aceptación de una oferta es el asentimiento del destinatario a sus términos, unido, cuando es relevante, a la promesa expresa o implícita por parte del destinatario de cumplir toda obligación que pueda incumbirle a consecuencia del contrato celebrado.

643 Cfr. Mc Gregor, H. (1993).

644 Con respecto a la idea de crear un Código Civil Europeo, Lando (2006) expresó su opinión en el siguiente sentido: "Sin embargo, el derecho comercial sigue siendo una ley nacional y existe una gran resistencia a la idea de establecer un Código Civil Europeo de fácil acceso. Dado este escenario, es cada vez más importante que las leyes y códigos nacionales, sobre todo los relacionados con los contratos, sean accesibles a los extranjeros." (p.8).

2) Aunque el asentimiento no sea expreso, podrá inferirse:

a) si los términos de la oferta requieren o permiten como señal de asentimiento la

ejecución, y el destinatario comienza o continúa la ejecución con intención de aceptar, o,

b) si el destinatario de la oferta obtiene provecho de una conducta ofrecida que tuvo oportunidad razonable de rechazar.

En general, como expone De Ángel Yágüez (2010), el proyecto de Mc Gregor:

> No contiene reglas de carácter general acerca de los deberes que recaen sobre las partes en la negociación del contrato (buena fe, información, confidencialidad, etc.), pero son numerosas las referencias a *criterios indeterminados*, a los que tan proclive es el pensamiento jurídico del *common law*; por ejemplo, lo que resulte *de las circunstancias*, lo que se conoció o lo que *pudo haber sido razonablemente conocido*, la comunicación *inmediata* de una decisión, etc. (p. 614).

No obstante, el numeral 572 contiene una provisión referida a la obligación de informar:

> Artículo 572:
>
> Cuando, en el establecimiento de un contrato, una parte una parte se encuentra en una relación de confianza con la otra o el contrato es aquél donde la otra parte le asegura contra un riesgo determinado, y no le informa de los hechos conocidos por él que son materiales al contrato o al riesgo, el contrato no es exigible a la otra parte, y puede reclamar la restitución de los beneficios otorgados por él mismo (Mc Gregor, 1993, pp. 233-234).

5. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad precontractual en el civil law, o más específicamente, la *culpa in contrahendo*, puede reducirse a tres vertientes fundamentales. Estas son: el deber de cuidado, que se originó a partir del caso Linóleo y se basa en la perspectiva doctrinal de Windscheid, que se asemeja a la responsabilidad extracontractual en el *common law*; el deber de informar, que guarda similitud con la noción de *misrepresentation* en el *common law* y que tiene sus orígenes en el Digesto; y el deber de negociar de buena fe, conocido también como ruptura injustificada de negociaciones preliminares (RINP), que con la integración del dolo al concepto de CIC lo convierte en un *dolus in contrahendo* o una ruptura "*maliciosa*" de negociaciones preliminares.
2. La primera vertiente de la CIC, como se evidencia en el caso del linóleo, que surge debido a las deficiencias del código alemán, resulta innecesaria y poco apropiada para aplicar una referencia contractual en tratos preliminares que exige la CIC. En su lugar, el sistema extracontractual español, o del *common law* (al igual que el sistema romano del Digesto) puede resolver este tipo de casos a través de la doctrina del deber de protección extracontractual.
3. En resumen, podemos concluir que tanto el sistema extracontractual del *common law* como el del derecho civil español pueden resolver situaciones de negligencia prescindiendo de la primera vertiente de la CIC. Esto se debe a que ambos sistemas, a diferencia del sistema alemán, comparten similitudes con el sistema romano de responsabilidad extracontractual y pueden abordar casos de negligencia a través de la violación del deber de cuidado

sin necesidad de recurrir a la estructura de la CIC que reconduce a los tratos contractuales preliminares como plataforma fontanal.

4. La segunda vertiente de la CIC, el deber de informar, tiene sus raíces en el Digesto en el *civil law*. Por otro lado, en el common law, esta vertiente ha sido aceptada por el orden público en muchas legislaciones que se refieren a situaciones donde una de las partes tiene acceso a una mayor información sobre el producto, como en seguros, préstamos hipotecarios, transacciones bursátiles, etc. Con esto, se ha mitigado el principio del "caveat emptor" (que el comprador tenga cuidado) en esas circunstancias.
5. La RINP incorpora el deber de negociar de buena fe, lo que necesariamente conlleva la "mala fe" o el dolo (incluso históricamente remontándonos al Digesto). De este modo, el dolo termina predominando sobre la culpa y transforma esta doctrina en una ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares, y la CIC se convierte en un auténtico *dolo in contrahendo*, equiparable a la *misrepresentation* del common law.
6. La buena fe se presume y la mala fe debe probarse. Este principio rige la política legislativa en todos los países que se basan en el sistema civil de la CIC. El problema radica en que, al incorporar la buena fe a la CIC, la *diligencia in contrahendo* se convierte en dolus *in contrahendo* (o ruptura "maliciosa" de negociaciones preliminares) obligando a demostrar el estado mental del promitente en lugar de evitar este proceso, que es costoso y complicado. Esto hace que la CIC sea menos eficiente y justa en comparación con la PE, que no requiere demostrar el estado mental del promitente y se basa en situaciones más objetivas.

REPENSANDO LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL *CIVIL LAW* Y EL *COMMON LAW: CULPA IN CONTRAHENDO, PROMISSORY ESTOPPEL* Y LA *MISREPRESENTATION* COMO PILARES JURÍDICOS

Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de septiembre de 2024.